DER ERWERB DINGLICHER RECHTE VOM NICHTBERECHTIGTEN.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

HERMANN VIEBIG

AUS NIEMCZYN.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

BERLIN 1912

J. S. PREUSS, KÖNIGL. HOFBUCHDR.

DRESDENER-STRASSE 43.

Referent:

Geheimrat Professor Dr. Hugo v. Burckhard.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. Seite

I. Die historische Entwicklung.

§ 1. Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet 9
§ 2. Die Usukapion 11
§ 3. „Hand muss Hand wahren" und Anefangsklage 17
§ 4. Verschweigung und rechte Gewere . . . 24
§ 5. Die Beschränkung der Mobiliarvindikation . 29
§ 6. Der öffentliche Glaube des Bucheintrags . 33

II. Das moderne deutsche Reichsrecht.

§ 7. Das materielle Publizitätsprinzip 36
§ 8. Der gute Glaube des Erwerbers 38
§ 9. Das Verfügungsgeschäft 45
§ 10. Die freiwillige Aufgabe des Besitzes . . 49
§ 11. Die Legitimation des Verfügenden . . . 53
§ 12. Die einzelnen Fälle des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten 55
§ 13. Der Rechtsgrund des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten 59
§ 14. Die Natur des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten 65
§ 15. Die Ansprüche des verletzten Berechtigten 69

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1909.

Albrecht: Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg 1828.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. Bd. I. Weimar 1886.

Biermann: Das Sachenrecht. Berlin 1903.

Binding: Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer. Leipzig 1908.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. II. Leipzig 1892.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 4. Aufl.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I u. III, 1905.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. I und III. 1906—8.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. 9. Aufl.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 3. Aufl.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch 1909.

Franken: Das französische Pfandrecht im Mittelalter. I. Abt. Berlin 1879.

Fuld: Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 89, S. 402—419.

Gaupp-Stein: Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. Bd. I. Tübingen 1906.

Gierke, Otto: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. Jena 1897.

— Deutsches Privatrecht. Bd. II. Leipzig 1905. (D.P.R.)

Goldschmidt: Ueber den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung. Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht. Bd. VIII, S. 225—343; Bd. IX, S. 1—74.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Heusler: Die Gewere. Weimar 1872.

— Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1886. (Inst.)

Huber: Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Festschrift zur Jubelfeier des 200 jährigen Bestehens der Universität Halle.

Laband: Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg 1869.

Litthauer-Mosse: Handelsgesetzbuch. Berlin 1911.

Mendelssohn Bartholdy: Grenzen der Rechtskraft. Leipzig 1900.

Meyer, Herbert: Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.

— Das Publizitätsprinzip. 1909.

Pernice: Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. II, 1. Abt. 2. Aufl.

Planck: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Bd. I. Braunschweig 1879.

— Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II und III. 3. Aufl.

Puchta: Kursus der Institutionen. Leipzig 1893.

Regelsberger: Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten. Jherings Jb. Bd. 47, S. 339—378.

Romeick: Zur Technik des B.G.B. H. 3. Stuttgart 1904.

Schultze, Alfred: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Jherings Jb. Bd. 43, S. 1 ff.

— Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht. Jherings Jb. Bd. 49, S. 159 ff.

v. Schwerin: Ueber den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht. München 1905.

Sohm: Der Gegenstand, ein Grundbegriff des B.G.B. Leipzig 1905.

Stintzing: Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usukapionslehre. Heidelberg 1852.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. II. Berlin 1883. (Hb.)
— Die Auflassung des deutschen Rechts. Jherings Jb. Bd. XII, S. 137—272.
Sydow-Busch: Zivilprozessordnung. Berlin 1910.
— Konkursordnung. Berlin 1911.
Wendt: Der Erwerb von einem Nichtberechtigten. Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 89, S. 1—84.
Wilda: Geschichte des deutschen Strafrechts. Halle 1842.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I, 9. Aufl.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888 (Mot.)
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. 1899 (Prot.).
Denkschrift zu dem Entwurf eines H.G.B. 1897.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G.).
Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (O.L.G.).

Einleitung.

Die Verfügung eines Nichtberechtigten über ein fremdes dingliches Recht führt regelmässig zu einer Kollision entgegengesetzter Interessen. Der Berechtigte, dessen Recht durch die Verfügung des Nichtberechtigten verletzt worden ist, verlangt von der Rechtsordnung, dass die Verfügung, die ohne sein Wissen und ohne seine Einwilligung erfolgt ist, als nicht geschehen behandelt werde. Der Erwerber dagegen, der durch die Verfügung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat, fordert natürlich die Aufrechterhaltung der Verfügung. Vom Standpunkt der strengen Rechtslogik aus muss das Verlangen des Geschädigten als berechtigt bezeichnet werden, da ohne Verfügungsrecht niemand über fremde Rechte wirksam verfügen kann. Und doch führt dieser Standpunkt zu erheblichen praktischen Unzuträglichkeiten und gefährdet die Sicherheit des Verkehrs. Denn in der Regel kann sich der Erwerber keine Gewissheit darüber verschaffen, ob seinem Kontrahenten das Recht, über welches dieser verfügt, in Wirklichkeit zusteht. Hat er sich nun auf den äusseren Anschein der Berechtigung verlassen und für das erworbene Recht einen Gegenwert hingegeben, so erleidet er einen unverdienten wirtschaftlichen Schaden, wenn ihm das erworbene Recht später wieder abgewonnen wird; und auch der Ersatzanspruch gegen seinen Autor wird ihm häufig nichts nützen, denn: wo nichts ist, da hat der Kaiser sein Recht verloren.

Für die Rechtsordnung ergibt sich die schwierige Aufgabe, in diesem Widerstreit entgegengesetzter Interessen zu vermitteln und eine Regelung zu finden, welche den berechtigten Wünschen beider Parteien nach Möglichkeit entgegenkommt. Diese Aufgabe hat in den verschiedenen Gesetzgebungen der Vergangenheit und der Gegenwart je nach dem prinzipiellen Standpunkt des Gesetzgebers und den praktischen Bedürfnissen des Lebens eine verschiedenartige Lösung gefunden.

I.

Die historische Entwicklung.

§ 1.

Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.

Aus der Natur des derivativen Erwerbs leiten die römischen Juristen den Grundsatz ab, dass das Recht des Erwerbers vom Rechte seines Autors abhängig sei. L. 20 D. A R D. 41, 1: Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert. Der Tradent ist nicht fähig, mehr Recht, als er selbst hat, auf den Erwerber zu übertragen; sein Recht geht mit allen ihm anhaftenden Mängeln, mit allen auf der tradierten Sache ruhenden Lasten auf den Erwerber über. L. 175 D. R J. 50, 17: Non debeo melioris condicionis esse quam auctor meus, a quo ius in me transit.

Eine scheinbare Ausnahme von dieser Regel spricht Ulpian aus. L. 46 D. A R D. 41, 1: Non est novum, ut qui dominium non habeat alii dominium praebeat: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat quam ipse non habuit. Doch liegt in diesem Falle kein Erwerb vom Nichtberechtigten vor; denn das Pfandrecht des Gläubigers umfasst die Befugnis, die Pfandsache nach Eintritt der Fälligkeit zu verkaufen, es ist nach Jhering „eine

an eine Suspensivbedingung geknüpfte Ermächtigung zur Uebertragung des Eigentums". (Jherings Jb. Bd. 10, S. 533.)[1]) Der Fall gehört somit nicht hierher.

Dagegen wurde die Grundregel des derivativen Erwerbs durchbrochen durch eine constitutio Zenos (L. 2 C. de quadr. praescr. 7, 37). Diese verordnete, dass alle Personen, welche vom Fiskus eine Sache durch Kauf oder Schenkung oder aus einem anderen Titel erworben hätten, vor jeder Vindikation geschützt werden sollten, und dass Ansprüche auf die veräusserten Sachen nur binnen vier Jahren gegen den Fiskus geltend gemacht werden konnten. Justinian (1. 3 C. eod.) dehnte diese Bestimmung auf diejenigen aus, „qui a nostra vel venerabilis Augustae domo aliquid acceperint" (§ 14 J. de usuc. 2, 6). Es handelt sich hier um ein ius speciale, das weder einem allgemeinen Rechtsgedanken entsprungen ist, noch Zweckmässigkeitsgründen seine Entstehung verdankt, um ein Privilegium des Fiskus und der kaiserlichen Schatulle, welche von der lästigen Gewährspflicht des Veräusserers befreit sein sollen.

Von diesen Einzelfällen abgesehen, hielt das römische Recht unbedingt fest an der Regel: nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet. (1. 54 D. R J. 50, 17.) Ob jemand bona oder mala fide, ob er titulo gratuito oder oneroso eine Sache vom Nichteigentümer erworben hatte, in allen Fällen drang die rei vindicatio des Eigentümers durch, und der Erwerber musste die Sache cum omni causa unentgeltlich herausgeben. Sogar dann war die Vindikation gegen jeden Dritten zulässig, wenn der Verkäufer den Kaufpreis weder erhalten noch kreditiert hatte, da beim Kaufe das Eigentum erst nach Bezahlung oder Kreditierung des Kaufpreises überging.

---

[1]) L. 29 D. famil. ercisc. 10, 2. Quod creditor egit, pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset.

Für den Eigentumserwerb a domino folgte aus jenem Grundsatz, dass alle Einschränkungen des Eigentums, alle auf der tradierten Sache ruhenden Belastungen bestehen blieben. L. 20 § 1 D. A R D. 41, 1: Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber uti fuit. Ganz gleichgültig war es, ob der Erwerber die Beschränkungen des Eigentums kannte oder nicht; die wirkliche dingliche Rechtslage der Sache war massgebend für ihn ohne Rücksicht auf ihre Erkennbarkeit. (Alfred Schultze, Jherings Jb. Bd. 43, S. 13.)

Das römische Recht gewährte also bestehenden dinglichen Rechten einen absoluten Schutz und beschränkte den Erwerber im Falle der Eviktion auf den Ersatzanspruch gegen seinen Autor. L. 16 C. de evict. 8, 44: Nam super pretio evictae portionis non eum qui dominium evicerit, sed auctricem conveniri consequens est.

§ 2.

Die Usukapion.

Konnte auch eine vom Nichtberechtigten vollzogene Tradition dem Erwerber kein Eigentum verschaffen, so bot sich doch für diesen eine Möglichkeit, den Mangel im Recht zu überwinden und durch originären Erwerb das Eigentum an der tradierten Sache zu erlangen. Es mussten die Voraussetzungen der Usukapion vorliegen.

L. 3 D. de usurp. 41, 3: Usucapio est adiectio dominii per continuationem possesionis temporis lege definiti. Diese Definition fordert zum Eigentumserwerb nur ununterbrochenen Besitz während der gesetzlich bestimmten Zeit. Aller Wahrscheinlichkeit nach sind das die ursprüng-

lichen Voraussetzungen der Usukapion. Was längere Zeit unangefochten bestanden hat, gilt als Recht; „die rechtschaffende Macht des langandauernden Besitzes ist gerade für die älteste Zeit unabweisbar". Pernice, Labeo II, 1. Abt. S. 329.)

Die XII Tafeln bestimmen: usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus. Das bedeutet, wenn man usus auctoritas als Asyndeta auffasst: nach zwei Jahren bezw. einem Jahr endet die Gewährspflicht des Autors, und damit verwandelt sich der blosse Besitz in rechtlich geschütztes Eigentum. Pernice, a. a. O. S. 328f.) Die Sicherung bestehenden Besitzes erfolgt also durch Befreiung vom Nachweise eines gültigen Erwerbs: tempus ei pro auctore est. Das kommt dem Eigentümer ebenso zugute wie dem Erwerber a non domino; denn jener wird dadurch im Prozesse des schwierigen, wenn nicht unmöglichen Nachweises seines Eigentums, der sogen. probatio diabolica, überhoben. (Puchta, Institutionen Bd. II, S. 173.)

Gegen die Gefahren, die dem Eigentume aus den kurzen Ersitzungsfristen erwachsen können, errichtet das römische Recht einen starken Schutzwall. Die XII Tafeln und nach ihnen die lex Atinia verbieten die Usukapion der res furtivae, die lex Julia et Plautia die der res vi possessae (§ 2 J. de usuc. 2, 6). Der Begriff des furtum ist weiter als der des Diebstahls, er umfasst jedes in Bereicherungsabsicht erfolgte Sichvergreifen an einer beweglichen Sache[1]), also auch die Fälle, in denen der Detentor einer fremden Sache sich widerrechtlich deren juristischen Besitz aneignet (Unterschlagung). Nach der lex Atinia wird eine res furtiva nicht nur für den fur, sondern auch für jeden Dritten dauernd usukapions-

[1]) L. 1 § 3 D. de furtis 47,2: Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia.

unfähig. L. 7 C. de usuc. pro empt. 7, 26: Quod rei vitium, priusquam ad dominum eius revertatur possessio, non permittit usucapionem fieri, licet bona fide possideatur. Diese Bestimmung beruht auf dem Gedanken, dass eine materielle deliktische Rechtsverletzung weder direkt noch indirekt die Grundlage eines zivilrechtlichen Erwerbs sein dürfe. Darin liegt ein starkes Hindernis der Ersitzung; deshalb sagt Gaius (II § 50): Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat: quia qui alienam rem vendidit et tradidit furtum committit.

Solange aber ein Erwerb kein Delikt zur Voraussetzung hat, gestattet das ältere Recht anscheinend die Usukapion, ohne nach der bona fides des Erwerbers zu fragen. Das beweisen die usureceptiones (Gaius II §§ 59 und 60, Stintzing, Wesen von bona fides und titulus, S. 14 ff.) und die pro herede usucapio (Gaius II §§ 52 bis 58, Stintzing a. a. O. S. 24 ff.).

Titel und bona fides verdanken wahrscheinlich ihre Entstehung dem ius honorarium. Pernice nimmt an, „dass die iusta causa die Ausbildung formloser Kausalgeschäfte, namentlich des Konsensualkaufes, notwendig voraussetzte" (a. a. O. S. 338). Daran habe sich dann weiter das Erfordernis der bona fides entwickelt. Da der Praetor im Gegensatz zur formalen Strenge des ius civile die naturalis aequitas betonte (Puchta, Inst. I, S. 209 f.), war es ganz natürlich, dass er den Erwerbsgrund und die Redlichkeit des Erwerbenden in Betracht zog und nur einem solchen Besitze seinen Schutz angedeihen liess, der auf einem an sich zur Eigentumsübertragung geeigneten Akte beruhte (Stintzing a. a. O. S. 47) und bona fide erworben worden war. Lag aber ein gutgläubiger Besitzerwerb vor, so war die nachträgliche Kenntnis des wirklichen Sachverhalts für den Erwerber unschädlich: mala fides superveniens non nocet.

Nachdem sich die neuen Erfordernisse der Usukapion entwickelt hatten, musste ein titulierter und gutgläubig erworbener Besitz auch dann schon schutzwürdig erscheinen, wenn die gesetzliche Ersitzungsfrist noch nicht abgelaufen war. Deshalb gab der Praetor dem Usukapionsbesitzer die publiciana in rem actio, welche sich auf die Fiktion des Ablaufs der Ersitzungszeit gründete (Gaius IV, 36). Diese Klage hatte freilich nur relative Kraft: sie drang nur gegen Minderberechtigte durch, dem Eigentümer gegenüber aber hatte sie — von der replicatio rei venditae et traditae abgesehen — keinen Erfolg. (Puchta, Inst. II, S. 174 f.)

In der Zeit der klassischen Jurisprudenz herrscht unverkennbar das Bestreben, die Usukapion innerhalb der durch die Furtivität gezogenen engen Grenzen zu erleichtern und den redlichen Erwerb zu begünstigen. Einmal wurde es dem Rechtsnachfolger gestattet, sich die Ersitzungszeit seines Vorgängers anzurechnen (accessio possessionis). Ferner aber wurde von vielen Juristen das Hauptgewicht auf die redliche Meinung des Erwerbers gelegt, und dem Titel nur noch die Aufgabe zuerkannt, den Irrtum des Erwerbers über die Gültigkeit des Erwerbsaktes zu rechtfertigen. (Putativtitel.) So kam es, dass ein wegen Geschäftsunfähigkeit des Veräusserers nichtiger Kauf als ein ausreichender Titel angesehen wurde (l. 13 § 1 D. de usurp. 41, 3: eum, qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est), und dass sogar ein irrtümlich angenommener Kauf zur Usukapion führen konnte. (L. 11 D. pro empt. 41, 4: quod vulgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse,

ut usucapio sequatur.) Auch ein ungültiges oder adimiertes Legat konnte nunmehr usukapiert werden. (L. 9 D. pro legato 41, 8: Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est; sed et si non iure legatum relinquatur vel legatum ademptum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit.) Die tituli pro herede und pro derelicto waren sogar ihrer Natur nach Putativtitel.

Als Rechtsinstitut des ius civile galt die Usukapion nur für römische Bürger und hinsichtlich solcher Sachen, an denen quiritisches Eigentum bestehen konnte. Zum Schutze der Peregrinen und für den Erwerb von Provinzialgrundstücken schuf der Praetor die longi temporis praescriptio, die ursprünglich nur eine Einrede gegen den vindicierenden Eigentümer, später aber ein selbständiges Klagerecht gegen Dritte gewährte. (Puchta Inst. II, S. 210 ff.) Sie war „ein Abbild der Usukapion" (Pernice, a. a. O. S. 327), forderte aber erheblich längere Ersitzungsfristen. (10 Jahre inter praesentes. 20 Jahre inter absentes.)

Durch die l. un. C. de usuc. transform. 7, 31 vereinigte Iustinian usucapio und longi temporis praescriptio zu einem einheitlichen Rechtsinstitut, der ordentlichen Ersitzung. Ihre Voraussetzungen sind die der Usukapion, doch mit einer wesentlichen Erschwerung: die Ersitzungszeiten werden auf 3 Jahre für Mobilien, auf 10 bezw. 20 Jahre für Immobilien festgesetzt. Diese Erschwerung der Ersitzung wird durch das Interesse des Eigentümers motiviert: sed et si quis res alienas, Italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur et nullus eis ad eas reservabatur regressus. Quae et nescientibus dominis procedebant: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus.

Noch in einem anderen Punkte zeigt sich das Be-

streben des justinianischen Rechtes, die Ersitzung schwieriger zu gestalten: trotz der Autorität der klassischen Juristen lehnt es den Putativtitel ab. § 11 J. de usuc. 2, 6: Error autem falsae causae usucapionem non parit. Veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat.

Die Betrachtung der Usukapion führt zu dem Ergebnis, dass das römische Recht zwar in beschränktem Umfang den redlichen Erwerb begünstigte, dass ihm aber der Schutz bestehender dinglicher Rechte weit wichtiger erschien als die Sicherheit des Verkehrs. Der Gedanke, dass ein Delikt für den Betroffenen keine zivilrechtlichen Nachteile haben dürfe, erwies sich als so stark, dass praktische Rücksichten auf den Verkehr dagegen nicht in Betracht kamen. Mit grosser Bestimmtheit spricht das aus die l. 2 C. de furtis 6, 2: Incivilem rem desideratis, ut agnitas res furtivas non prius reddatis, quam pretium fuerit solutum a dominis. Curate igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna huiusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis.

Die Formfreiheit des klassischen Rechts machte jedoch dem Erwerber eine Prüfung der dinglichen Rechtslage unmöglich. Es war „ein schwerer Uebelstand des Immobiliarrechts, dass an Stelle der publizistischen in iure cessio und mancipatio die formlose traditio, das pactum hypothecae und die gesetzliche Hypothek getreten ist". (Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 8, S. 231.) Ebenso bedenklich war es, dass durch eine so verschleierte Form des Eigentumserwerbs wie das constitutum possessorium der absolute Eigentumsschutz erworben werden konnte. Die mangelnde Offenkundigkeit der dinglichen Rechte stellte den Verkehr auf eine höchst unsichere Basis, und die Forderung: curate igitur cautius negotiari war leichter gestellt als erfüllt.

§ 3.

„Hand muss Hand wahren" und Anefangsklage.

Im älteren deutschen Recht herrschte das materielle Publizitätsprinzip. Nach diesem war „die wirkliche dingliche Rechtslage einer Sache im Verhältnis zu Dritten nur massgebend unter der Voraussetzung ihrer Offenkundigkeit". (Alfred Schultze, Jherings Jahrb. Bd. 43, S. 16.) Um des Schutzes der Rechtsordnung teilhaftig zu werden, bedurften alle dinglichen Rechte der „Erscheinung in einer sie offensichtlich machenden Form". (Gierke, D.P.R. Bd. II, S. 190.) Diese Form war die Gewere, „der tatsächliche Ausdruck der Herrschaft und des in Anspruch genommenen dahinterstehenden Rechts". (Heusler, Inst. Bd. II, S. 20.) In der Gewere vereinigten sich zwei Elemente: die tatsächliche Herrschaft, die bei Fahrnis im Haben der Sache, bei Liegenschaften in der Nutzung des Gutes bestand (Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 159 ff.; Heusler, Gewere S. 115 ff.), und die „Behauptung einer dieser Herrschaft entsprechenden, nach objektivem Rechte gegebenen dinglichen Berechtigung an der Sache". (Huber, Gewere S. 22.) Die Gewere besass formale Legitimationskraft; sie begründete eine Vermutung für das Vorhandensein des in ihr behaupteten materiellen Rechts. Daher konnte der Inhaber der Gewere „das Recht an der Sache, wie es sich in der Gewere darstellt" (Huber, a. a. O. S. 20), mit dieser auf andere übertragen. Die Uebertragung der Gewere verschaffte freilich dem Erwerber „nichts als ein behauptetes und äusserlich auch sich legitimierendes dingliches Recht" (Huber, a. a. O. S. 47), das sich als nicht vorhanden erwies, sobald die übertragene Gewere „vermöge der Offensivwirkung früherer Verhältnisse" gebrochen wurde. (Huber, S. 21.)

Hier nun ereignete sich der Grundsatz der Publizität zugunsten des Erwerbers als wirksam. Der dinglich Berechtigte, der seine frühere Gewere wieder herzustellen trachtete, konnte die Gewere des gegenwärtigen Inhabers nur dann brechen, wenn er „sich auf einen Mangel am materiellen Recht des nächsten Nachfolgers, oder einem Dritten gegenüber auf die Offenkundigkeit dieses Mangels zu berufen" vermochte. (Huber, S. 48.)[1]) Solch offenkundiger Rechtsmangel war einmal in dem Falle gegeben, dass das Geding, welches den Vormann des Erwerbers zur Rückgabe der Sache an den Eigentümer verpflichtete, durch einen formalen öffentlichen Akt vollzogen worden war. Einen derartigen formalen Rechtsbegründungsakt kannte aber das deutsche Fahrnisrecht nicht. Da bei Fahrnis die formlose Uebergabe ausschliessliches Rechtsübertragungsmittel war (Gierke, D.P.R. Bd. II, S. 207), entbehrte das der Uebertragung der Gewere beigefügte beschränkende Geding jeder Offenkundigkeit; es verpflichtete zwar den ersten Empfänger der Sache, vermochte aber „einen Dritterwerber überhaupt nicht zu erreichen". (Alfred Schultze, Jherings Jb. Bd. 43, S. 17.) Durch die mangelnde Offenkundigkeit des Gedings verlor die frühere Gewere des Eigentümers jede Offensivwirkung gegen Dritte (Huber, S. 19); der Gedingsmann, der durch die offensichtliche Inhabung der Sache legitimiert wurde, war einzig befugt, die Sache gegen jedermann zu vertreten.

Die auf der mangelnden Publizität des vereinbarten Gedings beruhende Beschränkung der Mobiliarverfolgung bei freiwilliger Hingabe wird ausgedrückt durch die Rechtsparoemien „Hand muss Hand wahren" und „wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wiedersuchen".

[1]) Nach Alfred Schultze (Jherings Jahrb. Bd. 49, S. 170 ff.) ist nicht die Publizität des Rechtsmangels, sondern der Bruch des Rechtsfriedens der Grund der Fahrnisklage gegen Dritte.

Die bekannteste Formulierung dieses Rechtsgedankens findet sich im Sachsenspiegel (Homeyer, Landrecht II, 60 § 1): Svelk man enen anderen liet oder sat perde oder en kleid oder jenegerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verköft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet; jene die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte.

Dem Eigentümer blieb also nur die Klage aus dem Geding gegen den Vertrauensmann, dessen dingliche Berechtigung ein Ende genommen hatte. (Huber, S. 11; Laband, a. a. O. S. 133 ff.) Dem Dritterwerber, mochte er gut- oder bösgläubig sein, ja selbst dem Diebe gegenüber, der die Sache dem Empfänger gestohlen hatte, behielt der Eigentümer lediglich ein nacktes Recht, das aller Wirksamkeit entbehrte und nur dann zu neuem Leben erwachte, wenn die Sache in die Hand des Vertrauensmannes oder durch irgendeinen Zufall in die Gewalt des Eigentümers zurückgelangt war. Dann freilich konnte der Eigentümer wieder seine Ansprüche aus dem Geding geltend machen bezw. der Klage des Dritten sein Eigentumsrecht entgegenhalten. (Gierke, D.P.R. Bd. II, S. 561.) So hatte der Rechtssatz „Hand muss Hand wahren" wohl eine „Abschwächung der dinglichen Kraft des Fahrnisseigentums", dagegen keine „Erleichterung seines Erwerbs" (Gierke, eod.) zur Folge. Doch bot die erlangte Gewere dem Erwerber ausreichenden Schutz, da sie wegen der mangelnden Offenkundigkeit des Gedings vom Eigentümer nicht gebrochen werden konnte.

Ein offenkundiger Rechtsmangel bei einem Vormanne des Erwerbers lag dagegen vor, wenn die erworbene Fahrnissache dem Berechtigten wider Recht und Willen

fortgekommen war. Berücksichtigt man „die engen nachbarlichen Verhältnisse, unter denen der Regel nach der Volksgenosse lebte“ (Huber, S. 61), so wird man wenigstens für die ältere Zeit eine tatsächliche Publizität des unfreiwilligen Verlustes innerhalb der Genossenschaft annehmen müssen. Wenn es sich um Diebstahl oder Raub handelte, sorgte die Erhebung des Gerüftes, die das Verfahren um handhafte Tat einleitete (Planck, Gerichtsverfahren S. 760 ff.; Brunner, D.R.G. Bd. II, S. 481 ff.), gewöhnlich schon dafür, dass jeder Angehörige der Gemeinschaft von dem seinem Genossen zugefügten offenbaren Unrecht erfuhr. Beim Erwerb von ausserhalb war eine Publizität des Rechtsmangels nicht unmittelbar vorhanden. Doch war in diesem Falle dem Erwerber äusserste Vorsicht zur Pflicht gemacht, vielfach wurde ihm vorgeschrieben, von einer unbekannten Person nichts zu kaufen oder sich vom Veräusserer Gewährschaftsbürgen stellen zu lassen. (Meyer, Entwerung S. 37.) Den Erwerber traf daher der Vorwurf, „dass er eine an fremdem Ort entwendete Sache erworben und von dem Verlust keine Kunde erhalten hatte“. (Huber, S. 14.)

Die Fahrnisklage gegen Dritte „entstammt dem uralten Verfahren der Diebstahlsermittlung durch Spurfolge und Anefang“. (Gierke, D.P.R. Bd. II, S. 553; Wilda, Strafrecht S. 902 ff.). Daher gehört ursprünglich zum Klagefundament die Behauptung, dass die geforderte Sache dem Kläger gestohlen oder geraubt worden sei. (Ssp. Landrecht II, 36 § 4: dat it ime düflike oder roflike geloset si.) Einer durch Diebstahl oder Raub begründeten Gewere haftete nach der Volksanschauung ein offenkundiger Mangel an, und diesen Mangel musste jeder Nachfolger im Besitz der Sache gegen sich gelten lassen. In späterer Zeit wurde die Anefangsklage auch auf verlorene und abhanden gekommene Sachen ausgedehnt.

(Meyer. Entwerung S. 49 ff.; Laband, a. a. O. S. 78 ff.) Durch „Generalisierung des Moments des unfreiwilligen Besitzverlustes, welches in der dieblichen und raublichen Entziehung enthalten ist". (Goldschmidt, a. a. O. S. 248) gelangte man nunmehr zu einem allgemeinen Prinzip der Anefangsklage. Kläger war der Besitzer, der seine Gewere wider Recht und Willen verloren hatte; auch für den Eigentümer bildete den Klagegrund „nicht das Eigentum, sondern der ungewollte Verlust früherer Gewere". (Gierke, D.P.R. Bd. II, S. 554.)

Durch die Ausdehnung der Klage auf verlorene und abhanden gekommene Sachen wurde freilich die Publizität des Rechtsmangels in vielen Fällen illusorisch. Auch bewirkte die Zunahme des Handelsverkehrs, dass gestohlene und geraubte Sachen von Hand zu Hand, von Ort zu Ort wanderten, ohne dass von einer Offenkundigkeit des Diebstahls oder Raubes noch die Rede sein konnte. Die wirtschaftliche Entwicklung führte daher vielfach zu einer Abschwächung der Anefangsklage. Das geschah, zumal in den Handelsstädten, durch Bestimmungen, nach denen auf offenem Markte gekaufte Waren entweder überhaupt nicht oder doch nur gegen Erstattung des vom Käufer gezahlten Preises zurückgefordert werden durften. (Goldschmidt, a. a. O. S. 262.) Während sonst die Oeffentlichkeit des Erwerbs nur vom Diebstahlsverdacht reinigte (Ssp. Landrecht II, 36 § 4), knüpften diese Vorschriften an einen offenkundigen Erwerbsakt positive Vorteile. Die Publizität des Erwerbs hatte nunmehr die Kraft, den durch diebliche oder raubliche Entziehung der Sache aufgeprägten Mangel zu tilgen. Daneben mochten noch andere Gründe für die Versagung oder Abschwächung der Anefangsklage bestimmend sein: das Interesse des Handelsverkehrs und „die Begünstigung der Bürger gegen Fremde". (Goldschmidt, eod.) So durften nach Hamburger Recht „über

die gesalzene See" eingeführte Waren überhaupt nicht zurückgefordert werden, während bei über Land eingeführten Waren die Klage versagt wurde, wenn dieselben sich Jahr und Tag unangesprochen in der Stadt befunden hatten. (Gierke, D.P.R. Bd. II, S. 557—58.)

Nicht germanischen, sondern semitischen Ursprungs war das Lösungsrecht der Juden, die gestohlene Sachen gekauft oder als Pfand genommen hatten. (Goldschmidt, a. a. O. S. 266 ff.; Meyer, a. a. O. S. 166 ff.) Dieses sogen. jüdische Hehlerrecht wurzelte im jüdischen Nationalrecht; seine Geltung war durch das im Mittelalter herrschende Personalitätsprinzip bedingt. Durch das Speyerer Judenprivileg Heinrichs IV. von 1090 zuerst anerkannt, fand der Lösungsanspruch der Juden durch kaiserliche und fürstliche Privilegien bald allgemeine Verbreitung, wurde aber häufig von der deutschrechtlichen Voraussetzung offenbaren Erwerbs abhängig gemacht. So im Sachsenspiegel (Landrecht III, 7 § 4): Svat die jode koft unverholen unde unverstolen bi dages lichte unde nicht in besloteme hus, mach he dat getügen selve dridde, he behalt sine penninge dar an — of it wol verstolen is. Ebenso im Schwabenspiegel (Wackernagel, Landrecht 214): Daz sullen si aber tuon vor ir türe ofenlîchen an der strâze.

Andererseits erfuhr auch das Hand wahre Hand-Prinzip mancherlei Einschränkungen, denen kein allgemeiner Rechtsgedanke zugrunde lag, sondern die lediglich praktischen Bedürfnissen entsprangen. Dass bei unberechtigten Veräusserungen durch Hausgenossen dem Hausherrn ein Rückforderungsrecht gegen Dritte zustand, bedeutete zwar noch keine Abschwächung der Regel; denn da der Hausgenosse keine eigene Gewere an der anvertrauten Fahrnissache hatte, sondern die Gewere des Hausherrn fortbestand, hatte dieser die rechtliche Herrschaft über die

„abgetragene Habe“ überhaupt nicht aus der Hand gegeben; die Anwendung der Regel „Hand muss Hand wahren“ war also ausgeschlossen. Anders verhält es sich aber mit der partikularrechtlich dem Eigentümer eingeräumten Befugnis, einem Handwerker zur Bearbeitung übergebene und von diesem veruntreute Sachen von jedem Dritten zurückzufordern. (Lübisches Recht, Cod. II. Art. 193 [Hach]: Doit en man kledere oder anders wat jemende to makende unde verkoft oder vorset dat jene deme it is ghedan to makende, de gene de it dede to makende, magh et na stades rechte bet beholden, den it iement eme untsecghen moghe). Auch wenn man mit Goldschmidt (a. a. O. S. 253) diesen Rechtssatz aus dem ehemaligen Hofverhältnis der Handwerker ableitet, wird man die durch die Emanzipation des Handwerks geschaffene Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigen und dem Handwerker eine Gewere an der übergebenen Sache zuschreiben müssen. Demnach handelt es sich hier um eine Durchbrechung der Regel „Hand muss Hand wahren“.

Ein von der Regel völlig abweichendes Prinzip stellte das Lübische Recht auf, indem es dem Eigentümer anvertrauter Fahrnis ein Lösungsrecht gegen Dritte gab. Cod. II, Art. 194 (Hach): En iewelik mensche se weme he sines dinghes oder ghudes wat lene, wante cumt it so, dat de, deme it ghelenet is, it verkoft oder vorsettet, unde ofte it bekummeret wert oder holt it iement up, de deme anderen dat ghelenet heuet, de is plichtich it to losende, ofte het weder hebben will, unde de gene, de it under sic heuet, magh et bet beholden na stades rechte, den de gene de deme dat ghelenet heuet. Es ist freilich zweifelhaft, ob dieser Artikel dem Eigentümer wirklich ein Lösungsrecht gab, oder ob er nicht den Eigentümer lediglich auf den Weg der Lösung verwies, wenn er wieder zu seiner Sache gelangen wollte. Jedenfalls aber

wurde die Stelle von der spätern Praxis in ersterem Sinne aufgefasst, und dem Eigentümer gegen Lösung die Zurückforderung seiner Sache gestattet. Damit war der Boden der allgemeinen Rechtsanschauung verlassen und ein neues Prinzip gewonnen, das zwischen der unbeschränkten Vindikation des römischen Rechts und der Regel „Hand muss Hand wahren" die Mitte hält, zwischen den Interessen des Erwerbers und denen des Eigentümers zu vermitteln sucht.

Im allgemeinen aber fehlte dem älteren deutschen Fahrnisrecht das Bestreben, zwischen den widerstreitenden Interessen der Beteiligten einen gerechten Ausgleich zu finden. Das Hand wahre Hand-Prinzip führte zu unbilligen Konsequenzen und blieb dabei dem Verkehr eine endgültige Regelung der Rechtsverhältnisse schuldig. Störend war der Zustand der Rechtsunsicherheit, der sich daraus ergab, dass das Recht des Eigentümers als ein nudum ius weiter bestand, welches unter Umständen wieder aufleben konnte. Andererseits lässt es sich nicht billigen, dass dem Eigentümer die Klage auch gegen den unredlichen Erwerber, ja sogar gegen den Dieb versagt wurde, der die Sache beim Vertrauensmanne gestohlen hatte. Denn einzig und allein die „Rücksicht auf Verkehrssicherheit und auf gute Treue des Erwerbers" (Heusler, Inst. Bd. II, S. 214) kann die Einschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung rechtfertigen.

§ 4.

Verschweigung und rechte Gewere.

Wegen der sozialen Bedeutung des Grundeigentums forderte das deutsche Liegenschaftsrecht von jeher einen formalen Rechtsbegründungsakt. Seit der Zeit, in der aller Grund und Boden noch im Eigentum der Genossen-

schaft stand, und der einzelne Genosse unter „öffentlicher Kontrolle und Beglaubigung“ in sein Besitztum eingewiesen wurde (Huber, S. 55 56), war der Erwerb der dinglichen Rechte an einen offenkundigen formalen Akt[1]) geknüpft, der ursprünglich auf dem zu übertragenden Gute selbst in Gegenwart von Zeugen, dann ausserhalb des Gutes unter Abfassung einer Urkunde (traditio per cartam), später durch gerichtliche Fertigung und schliesslich (zuerst in den Städten) durch Beurkundung in einem öffentlichen Buche vollzogen wurde. (Heusler, Inst. Bd. II, S. 67 ff.; Stobbe, Handbuch Bd. II, S. 185 ff.)

Dieser öffentliche Akt machte jedes beschränkende Geding, das einem Erwerbe anhaftete, ohne weiteres erkennbar. Ein Nacherwerber konnte sich daher nicht mit der Unkenntnis des Gedings entschuldigen, da er in der Lage gewesen wäre, durch Nachfragen bei den Gerichtsgenossen die wirkliche Rechtsstellung seines Vorgängers zu erfahren. Deshalb erschien derjenige, der ein Gut verliehen, versetzt oder zum Leibgedinge verschrieben hatte, „durchaus als befugt, sich auch jedem Dritten gegenüber auf das Geding zu berufen und dessen unrechte Gewere geltend zu machen“. (Huber, S. 12.) Dasselbe Recht hatte der Rechtsnachfolger des Eigentümers, auch wenn ihm, weil dieser der Gewere gedarbt hatte, nur der Anfall übertragen oder vererbt worden war. (Huber, S. 21.) Aber nicht nur das dem Vorerwerbe beigefügte Geding musste der Erwerber gegen sich gelten lassen, sondern auch alle Verfügungsbeschränkungen, denen der Veräusserer zugunsten dritter Personen unterworfen war. (Laband, a. a. O. S. 260 ff.) (Ssp. I, 52: Ane erven gelof ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven.) Die anwartschaftlichen Rechte der nächsten Erben waren

[1]) Traditio, Sale, Auflassung.

offenkundig; den Erwerber traf daher der Schade, wenn er ein Gut erworben hatte, ohne die Genehmigung dieser Personen einzuholen, bezw. ihren Widerspruch herauszufordern„

Eine passende Gelegenheit, um die Einspruchsberechtigten zur Meinungsäusserung zu zwingen, bot sich durch die gerichtliche Form der Auflassung im echten Dinge, bei dem alle Gerichtsgenossen zu erscheinen verpflichtet waren. (Planck, Gerichtsverfahren S. 52 ff.) Nach vollzogener Auflassung nämlich forderte der Richter auf Ersuchen des Erwerbers die Einspruchsberechtigten „zur Geltendmachung ihres Widerspruchs" auf. (Heusler, Inst. Bd. II, S. 87; Stobbe, Jherings Jb. Bd. 12, S. 190 ff.) Widersprach von den Anwesenden niemand, so wirkte er Bann und Frieden über das Gut. Damit waren die etwaigen Einspruchsrechte der Dinggenossen erloschen, die Anwesenden hatten sich an ihren Forderungen verschwiegen; denn: svelke gave die man siit, ne weder redet he des tohant nicht, dar na mach he's nicht weder reden. (Ssp. Landrecht II, 6 § 4.) Die Auflassung verschaffte also dem Erwerber eine relative Berechtigung, nämlich allen Personen gegenüber, die dabei zugegen gewesen waren und geschwiegen hatten. Dagegen wurden die Rechte Abwesender, soweit sie nicht dingpflichtig waren, durch die Auflassung nicht präkludiert; für diese begann vielmehr mit der richterlichen Aufbietung die normale Einspruchsfrist von Jahr und Tag, die „bis zum nächsten nach Ablauf eines Jahres abgehaltenen echten Dinge" dauerte. (Heusler, Inst. Bd. I, S. 59.) Durch ruhigen, unwidersprochenen Besitz während dieser Zeit erlangte der Erwerber die rechte Gewere, „ein prozessualisches Recht von grosser materieller Tragweite". (Heusler, Inst. II, S. 107.) Auf Grund dieses Rechtes brauchte er im Prozesse nicht mehr seinen Gewährsmann vorzu-

bringen, sondern war „vermittelst des Eides sein eigener Gewährsmann". (Heusler, cod.) Ssp. Lehnrecht 13 § 1: of die man die rechten geweren dar an getügen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he alene uppe'n hilgen unde behalt dat gut ane getüch.

Die Frist von Jahr und Tag war nur eine Normalfrist; wer sie entschuldbarerweise versäumt hatte, ging seines Einspruchsrechtes nicht verlustig. (Albrecht, Gewere S. 114 ff.; Laband, a. a. O. S. 297 ff.) So traten die Wirkungen der rechten Gewere nicht ein zu Ungunsten von Unmündigen, bei Abwesenheit ausser Landes und bei echter Not. In diesen Fällen begann die Frist erst nach Wegfall des Hinderungsgrundes zu laufen oder dauerte wenigstens bis zum nächsten darauf folgenden echten Dinge.

In der Regel aber sicherte die rechte Gewere den Besitzer gegen den Verlust des durch den gerichtlichen Akt erworbenen Rechts. Sie schützte ihn „gegen jede dingliche Klage, sofern deren Zweck mit dem Rechte, welches, als causa, der rechten Gewere zum Grunde liegt, unvereinbar ist". (Albrecht, a. a. O. S. 99 ff.) Der neuen Eigengewere musste nicht nur die bisherige weichen, sondern auch jedes andere Recht am Gute, wie Lehnrecht, Leibzuchts- und Satzungsrecht, mit alleiniger Ausnahme des Zinsrechtes, das als Recht am Zinse, nicht am Gute, durch die rechte Gewere nicht berührt wurde. (Heusler, Gewere S. 249 f.) Dagegen wurde durch dingliche Nutzungsrechte des Erwerbers das bestehende Eigentum nicht aufgehoben, sondern nur soweit beschränkt, als es mit dem Nutzungsrecht unvereinbar war. Der rechten Lehnsgewere gegenüber blieb das Obereigentum des Lehnsherrn, der rechten Satzungsgewere gegenüber das Wiedereinlösungsrecht des Eigentümers bestehen. (Laband, a. a. O. S. 329). „Ihre Wirkung vermochte die rechte Gewere

soweit zu erstrecken, als die Gewere den Rechten, welche geltend gemacht werden wollten, faktisch entgegenstand." (Huber, S. 52.)

Die rechte Gewere hatte zwei Bedingungen zur Voraussetzung: „einen Besitz, der eine bestimmte Zeit hindurch dauert, und Publizität des Anfangs, vermöge des öffentlichen Aufbietens". (Albrecht, S. 123.) Besitz und Zeitablauf hatten aber bei der rechten Gewere nicht die gleiche rechtserzeugende Wirkung wie bei der Usukapion (vgl. Stobbe, Hb. Bd. II, S. 29); die Frist von Jahr und Tag bezweckte vielmehr nur, abwesenden Berechtigten Gelegenheit zu geben, von der stattgefundenen Veräusserung zu erfahren und dagegen Einspruch zu erheben. Der rechten Gewere liegt ebenso wie der sofortigen Verschweigung der Gedanke zugrunde, dass ein dingliches Recht der Erkennbarkeit bedarf, um des Schutzes der Rechtsordnung teilhaftig zu werden, dass es daher einem offenkundigen kollidierenden Recht ebenso offenkundig entgegentreten muss oder den Anspruch auf Rechtsschutz verwirkt hat. „Ist die neue Gewere ebenso offenkundig, wie es der Mangel in der Gewere des Vormannes gewesen ist, so darf man vom Ansprecher erwarten, dass er zeitig sein Recht geltend mache, und schweigt er trotzdem still, so wird mit Recht angenommen, dass er auf seine Ansprüche Verzicht geleistet habe." (Huber, S. 15.)

Wegen der Bedeutung des Grundeigentums für die soziale Stellung und infolge der Entwicklung der Leiheverhältnisse gewährte das deutsche Mittelalter den Immobiliarrechten einen von der tatsächlichen Inhabung unabhängigen Rechtsschutz. Doch bedingte das Publizitätsprinzip, dass die Sicherheit des Immobiliarverkehrs durch den Schutz der bestehenden dinglichen Rechte nicht beeinträchtigt wurde. Guter Glaube des Erwerbers wurde zwar ebensowenig gefordert, wie im Fahrnisrechte; doch

mochte sich dieser Mangel hier weniger fühlbar machen, weil dem Berechtigten ausreichende Gelegenheit geboten wurde, seine Ansprüche zur Geltung zu bringen. So erweist sich das deutsche Liegenschaftsrecht dem Fahrnisrechte gegenüber „als das Produkt einer höheren Stufe der Rechtsbildung". (Heusler, Inst. Bd. II, S. 10.)

§ 5.

Die Beschränkung der Mobiliarvindikation.

Durch die Rezeption des römischen Rechts erfuhr das deutsche Fahrnisrecht eine bedeutsame Weiterentwicklung. Gegenüber der konsequenten römischen Eigentumstheorie konnten sich die deutschen Rechtssätze, welche nur einen unzureichenden Rechtsschutz gewährten, nicht in ihrer bisherigen Form erhalten; sie wurden daher, soweit sie sich behaupteten, dem rezipierten römischen System nach Möglichkeit angepasst.

Hinsichtlich der Versagung der Vindikation entsprach der Regel „Hand muss Hand wahren" die römische usucapio. Es war daher ganz natürlich, dass die romanistisch gebildeten Juristen auch für den einheimischen Rechtssatz die Voraussetzungen der Usukapion forderten. Für die Berücksichtigung des guten Glaubens war bereits das kanonische Recht eingetreten (c. 20. X. 2. 26: Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est); es hatte auch für die Ersitzung den strengeren Satz aufgestellt: mala fides superveniens nocet. Unter dem Einfluss des römischen und des kanonischen Rechts wurde die zufällig erlangte Kenntnis des Erwerbers von einem Rechtsmangel der Offenkundigkeit des Rechtsmangels gleichgestellt, und nur bei gutgläubigem Erwerb die Rechtsverfolgung aus-

geschlossen, — „eine Regelung, die in glücklicher Weise zwischen deutschem und römischem Recht vermittelt". (Alfred Schultze, Jherings Jb. Bd. 43, S. 17.) In den revidierten Stadtrechten wurde neben dem guten Glauben titulierter Erwerb verlangt, und beide Erfordernisse sodann von der Praxis kombiniert. (Goldschmidt, a. a. O. S. 264.)

Bei diesem glücklichen Kompromiss zwischen dem einheimischen und dem fremden Rechte blieb aber die gemeinrechtliche Lehre nicht stehen. Indem man den römischen Begriff der Furtivität zugrunde legte, kam man dahin, die Vindikation auch auf unterschlagene („abgetrogene") Sachen auszudehnen. Vielfach gelangte sogar die rein römische Vindikationslehre zur Herrschaft. (Stobbe, Hb. Bd. II, S. 624.) So wurde das Hand wahre Hand-Prinzip aus dem gemeinen Recht verdrängt; nur in den Statuten der norddeutschen Handelsstädte erhielt es sich in der durch das römische Recht modifizierten Form. (Stobbe, a. a. O. S. 625 ff.)

Unter der Einwirkung des zunehmenden Handelsverkehrs begann im 18. Jahrhundert eine Reaktion gegen die einseitig das Interesse des Eigentümers berücksichtigende römische Vindikationslehre. Nachdem schon in der gemeinrechtlichen Doktrin Bodinus u. a. die Vindikation gegen den bonae fidei possessor — vom Standpunkt des römischen Rechts aus freilich mit Unrecht — bekämpft hatten, wurde in den grossen Kodifikationen, welche seit dem Ende des 18. Jahrhunderts auf dem Boden des deutschen Rechts entstanden, die Mobiliarvindikation wieder zugunsten des gutgläubigen Erwerbers eingeschränkt. Das geschah vielfach unter Anlehnung an alte einheimische Rechtssätze.

Einen eigenartigen Standpunkt nahm das preussische allgemeine Landrecht ein. Es hielt grundsätzlich an der römischen Eigentumstheorie fest (I, 15 § 1), versagte je-

doch die Vindikation gegen den redlichen Besitzer einer vom Fiskus, in öffentlicher Versteigerung oder im Laden eines zünftigen Kaufmanns gekauften Sache sowie bei entgeltlichem Erwerb von Geld und Inhaberpapieren (I, 15, §§ 36, 42, 43, 45–47) und gab im übrigen bei entgeltlichem Erwerb dem redlichen Besitzer einen Lösungsanspruch, ohne Rücksicht darauf, ob der Eigentümer die Sache freiwillig aus der Hand gelassen hatte. (I, 15, §§ 25, 26, 44.) Die Versagung der Vindikation in den Fällen offenkundigen Erwerbs entlehnte es den Statuten mittelalterlicher Stadtrechte, den Lösungsanspruch übernahm es aus dem Lübischen Recht, dehnte ihn aber auf gestohlene Sachen aus.

In Frankreich hatten sich die germanischen Rechtssätze über die Beschränkung der Mobiliarverfolgung in zahlreichen coutumes erhalten. Aus diesen gingen sie in den Code civil über. Der berühmte Art. 2279 I: „en fait de meubles, la possession vaut titre" stellte für die Rechtmässigkeit des Mobiliarbesitzes eine Vermutung auf, die nur durch den Beweis unfreiwilligen Besitzverlustes entkräftet werden konnte. In diesem Falle war dem Eigentümer binnen drei Jahren die Vindikation gestattet (Art. 2279 II); doch blieb dem Besitzer, welcher eine gestohlene oder verlorene Sache auf einem Markte oder in einer öffentlichen Versteigerung gekauft hatte, der im älteren französischen Recht bei Markterwerb verbreitete Lösungsanspruch. (Meyer, Entwerung S. 132.) In Uebereinstimmung mit dem alten Recht wurde die Versagung der Vindikation nicht von der Voraussetzung redlichen Erwerbs abhängig gemacht. (Vgl. R.G. 28, 382.)

Die Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts zeigte das Bestreben, „die Intensität der dinglichen Rechte an Mobilien durch Einschränkung der Rechtsverfolgung zu verringern und gegen die Logik des prinzipiell anerkannten

römischen Eigentums- und Pfandrechtsbegriffs das Interesse des Verkehrs an dem freien und sicheren Umlauf der Güter zu begünstigen.“ (Goldschmidt, a. a. O. S. 225.) Die unbeschränkte Zulassung der Vindikation war besonders gefährlich für die Sicherheit des Wechselverkehrs, weil die rasche Zirkulation der Wechsel eine Prüfung der materiellen Berechtigung des Inhabers und besonders der Echtheit der Indossamente in der Regel ausschliesst. (Goldschmidt, a. a. O. S. 317.) Deshalb bestimmt Art. 74 der allgemeinen deutschen Wechselordnung, dass der nach Art. 36 W.O. durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten legitimierte Inhaber eines Wechsels nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden kann, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat, oder wenn ihm bei Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Abweichend von der Regel „Hand muss Hand wahren“ schützt der Art. 74 W.O. den redlichen Erwerber eines Wechsels auch dann gegen die Vindikation, wenn der Wechsel dem Eigentümer gestohlen oder verloren gegangen ist.

Der Art. 306 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs verleiht dem redlichen Erwerb von Mobilien erhöhte Sicherheit, freilich nur, sofern dieselben von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräussert bezw. verpfändet und übergeben worden sind, und sofern es sich nicht um gestohlene oder verlorene Gegenstände handelt. Unter diesen Voraussetzungen ist nicht nur die Vindikation ausgeschlossen, sondern der redliche Erwerber erlangt Eigentum bezw. Pfandrecht, und ein früher begründetes Eigentum oder Pfandrecht erlischt bezw. kann nicht zum Nachteil des redlichen Pfandnehmers geltend gemacht werden. Nach Art. 307 A.D.H.G.B. wird der redliche Erwerb von Inhaberpapieren auch ohne jene beiden Einschränkungen geschützt.

§ 6.

Der öffentliche Glaube des Bucheintrags.

Im Liegenschaftsrecht führte die Rezeption des römischen Rechts vielfach zu einer Beseitigung des wohltätigen mittelalterlichen Formalismus und damit der Publizität der dinglichen Rechte. Mit dem mittelalterlichen Gerichtsverfahren verschwand die Gewere in ihrer Eigenschaft als Form der dinglichen Rechte. Da die formale Bedeutung der Auflassung nicht mehr verstanden wurde, gelangte die gemeinrechtliche Doktrin dazu, „Auflassung und Fertigung als althergebrachte Vertragsformen aufzufassen, denen sie den Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge entgegenhielt". (Huber, Gewere S. 70.) Im Sinne des römischen Traditionsprinzips forderte sie daher zur Uebertragung des Eigentums an Liegenschaften nur einen formlosen Vertrag und körperliche Uebergabe. Indessen vermochte sich das Traditionsprinzip nicht allgemein durchzusetzen. Aus praktischen Rücksichten hielten zahlreiche Stadt- und Landrechte des 15. bis 17. Jahrhunderts an der Auflassung fest, die, wie schon früher in den Städten, durch Eintragungen in öffentliche Bücher vollzogen wurde. (Stobbe, Jherings Jahrbücher Bd. 12, S. 212 ff., 228 ff.)

Unter der Einwirkung des römischen Rechts ging auch die Publizität der Grundstückspfandrechte verloren, da die gemeinrechtliche Lehre private Verpfändungen ohne obrigkeitliche Mitwirkung gestattete (Stobbe, Hb. Bd. II, S. 321) und die privilegierten Pfandrechte des römischen Rechts übernahm und weiter ausbildete. (Stobbe, Hb. Bd. II, S. 324 ff.) Nur einzelne Partikularrechte verlangten für die Bestellung von Grundstückspfandrechten öffentliche Form. (Stobbe, Hb. Bd. II, S. 322.)

Das Bestreben der neueren Landesgesetzgebungen, im Interesse des Grundbesitzes den Realkredit zu heben, be-

wirkte eine Abkehr von den römischen Pfandrechtsgrundsätzen und eine „Reaktivierung oder Neubegründung des mittelalterlichen Formalismus“. (Huber, S. 72.) Seit Beginn des 18. Jahrhunderts gelangten daher die Grundsätze der Publizität und Spezialität der Pfandrechte wieder zur Herrschaft. (Stobbe, Hb. Bd. II, S. 327 ff.) Nach dem von den meisten deutschen Staaten eingeführten Hypothekenbuchsystem konnten Grundstückspfandrechte nur durch Eintragung in das öffentliche Hypothekenbuch wirksam begründet werden. Der Bucheintrag übernahm hier die formale Funktion der Gewere. Während aber die Fertigung des alten Rechts immer nur eine formale Legitimation verlieh, die von dem wirklich Berechtigten auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber angefochten werden konnte, wurde im neueren Recht die Wirkung der Eintragung derartig gesteigert, dass sie demjenigen, der auf die Richtigkeit des Buchs vertraut hatte, das dingliche Recht selbst gab. (Huber, S. 74.) Nach preussischem und bayrischem Recht wurde allerdings nur der entgeltliche Erwerb von Hypotheken (als der allein schutzwürdige) durch den öffentlichen Glauben des Buchs gedeckt.

Hinsichtlich des Eigentumserwerbs hielten die meisten neueren Gesetzgebungen noch am Traditionsprinzip fest. Da zur Eigentumsübertragung Tradition erforderlich war, andererseits aber nur derjenige Hypotheken aufnehmen konnte, der als Eigentümer in das Hypothekenbuch eingetragen war, bestand die Möglichkeit einer Duplizität des Eigentums: das materielle Eigentum dessen, der ein Grundstück durch Tradition erworben hatte, und das formale Bucheigentum des eingetragenen Eigentümers konnten auseinanderfallen. (Stobbe, Jherings Jb. Bd. XII, S. 244 ff.) Das Traditionsprinzip gefährdete die Sicherheit des Grundstücksverkehrs, da die Uebertragung des Eigentums ausserhalb des Buches erfolgte und durch dessen öffentlichen Glauben nicht gedeckt war.

Daher gelangte im preussischen Eigentumserwerbsgesetz von 1872 und in anderen neueren Landesgesetzen das Grundbuchsystem zur Anerkennung. (Stobbe, Hb. Bd. II, S. 197 ff.) Nach diesem war zur Eigentumsübertragung nicht Tradition, sondern Auflassung und Eintragung erforderlich; der Uebergang des Eigentums wurde wieder, wie im alten Recht, an einen offenkundigen formalen Akt geknüpft, neben dem die Einweisung in den Besitz rechtlich bedeutungslos war. Der entgeltliche Eigentumserwerb wurde unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gestellt; wer im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs vom eingetragenen Nichteigentümer ein Grundstück erworben hatte, war gegen jede Anfechtung geschützt. Nur wer beim Erwerb die Unrichtigkeit des Buchinhalts gekannt hatte, durfte sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen.

II.

Das moderne deutsche Reichsrecht.

§ 7.

Das materielle Publizitätsprinzip.

Die neuere Rechtsentwicklung, die zugunsten des gutgläubigen Erwerbers die dingliche Rechtsverfolgung einschränkt, hat im B.G.B. ihren Abschluss gefunden. Unter Ablehnung der römischen Vindikationstheorie, welche durch den absoluten Schutz bestehender dinglicher Rechte die Sicherheit des Verkehrs gefährdet, hat das B.G.B. das durch die Ersitzungslehre modifizierte deutschrechtliche Publizitätsprinzip angenommen. Hierbei hat sich das B.G.B. an die neueren Gesetze angelehnt, die den Erwerb der Mobilien und der Immobilien regeln: es hat einerseits die Sondervorschriften des Art. 306 A.D.H.G.B. auf den Mobiliarerwerb des bürgerlichen Rechts ausgedehnt und andererseits das Grundbuchsystem des preussischen Eigentumserwerbsgesetzes übernommen. Den Lösungsanspruch des preussischen Rechts hat das B.G.B. aus praktischen Gründen verworfen, obgleich dieses vermittelnde System zweifellos den gerechtesten Ausgleich zwischen den widerstreitenden

Interessen schafft.[1]) Ebenso ist die Unterscheidung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb nicht in das B.G.B. übergegangen.

Im B.G.B. herrscht das materielle Publizitätsprinzip in seiner modernen Gestalt, „die abgeschliffene Form des Publizitätsgedankens". (Schultze, Jherings Jb. Bd. 49, S. 168.) Die dingliche Rechtslage einer Sache braucht ein Dritter nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn sie allgemein erkennbar ist oder ihm persönlich bekannt ist oder bekannt sein muss. Daraus folgt, dass ein dingliches Recht nur, wenn es erkennbar in die Erscheinung tritt, absoluten Rechtsschutz gegen jedermann geniesst. Diese Erkennbarkeit ist bei Immobiliarrechten durch den Bucheintrag, bei Mobiliarrechten durch den unmittelbaren Besitz gegeben. Entbehrt aber ein dingliches Recht der Offenkundigkeit, ist es nicht eingetragen bezw. verkörpert es sich nicht in unmittelbarem Besitz, so haftet ihm eine grosse Schwäche an: es vermag sich einem Dritterwerber gegenüber nicht durchzusetzen, der die wirkliche dingliche Rechtslage nicht kannte bezw. ohne grobe Fahrlässigkeit nicht kannte. Zugunsten des gutgläubigen Erwerbers, der dem äusseren Schein traut oder trauen darf, gilt regelmässig der durch Besitz oder Eintragung legitimierte Veräusserer als der wirklich Berechtigte.

Ein nicht erkennbares dingliches Recht geniesst also nur relativen Rechtsschutz gegenüber dem bösgläubigen Erwerber. Doch ist diese Regel nur im Liegenschaftsrecht konsequent durchgeführt, da hier durch das Grundbuch die Erkennbarkeit der bestehenden Rechte gewährleistet wird und die Gefahr des Verlustes einer Eintragung sehr gering ist. (Mot. Bd. III, S. 348.) Im

[1]) Doch werden die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen öffentlichen Pfandleihanstalten ein Lösungsrecht zusteht, durch Art. 94 II E. G. B. G. B. aufrecht erhalten.

Fahrnisrecht dagegen wird, dem Grundsatz „Hand muss Hand wahren“ entsprechend, der absolute Rechtsschutz auch nicht erkennbaren dinglichen Rechten in der Regel dann gewährt, wenn die Erkennbarkeit des Rechts ohne oder wider Willen des Berechtigten verloren gegangen ist. Der gutgläubige Mobiliarerwerb ist daher regelmässig dadurch bedingt, dass der Berechtigte die Inhabung der Mobilie freiwillig aufgegeben hat. Durch den absoluten Rechtsschutz bei unfreiwilligem Besitzverlust erfährt das Publizitätsprinzip eine Einschränkung, da unter den heutigen Verhältnissen eine Publizität des Verlustes in der Regel ausgeschlossen ist. (Vgl. Huber, Gewere S. 75.)

§ 8.

Der gute Glaube des Erwerbers.

Wie nach bisherigem Recht ist auch nach B.G.B. der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten durch den guten Glauben des Erwerbers bedingt.

Das Gesetz hat einen einheitlichen Begriff des guten Glaubens nicht aufgestellt, vielmehr sind Umfang und Inhalt des guten Glaubens in den einzelnen Vorschriften verschieden bestimmt. Mindestens muss sich der Erwerber über die fehlende Verfügungsbefugnis seines Autors in Unkenntnis befunden haben; in vielen Fällen schliesst aber auch eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis den guten Glauben aus. Verlässt sich der Erwerber auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892 B.G.B.), so rechnet ihm das Gesetz in ausserordentlicher Toleranz selbst grobe Fahrlässigkeit nicht an: dem Inhalt des Grundbuchs darf er blindes Vertrauen schenken. Mit Recht tadelt Dernburg diese Nachsicht und bemerkt: „es entspricht der Gerechtigkeit, dass man eigenes

Verschulden zu vertreten hat, so dass es unschuldige Dritte nicht benachteiligt". (Bürgerl. Recht Bd. III, S. 161.) Und Crome appelliert an die Praxis: „Ueber die Frage der Kenntnis entscheidet die freie richterliche Beweiswürdigung. Wer nicht sieht, was alle Welt sieht, dem wird der Richter nicht glauben." (System Bd. III, S. 153.)

Enger gefasst ist der Begriff des guten Glaubens, wenn es sich um den Erwerb beweglicher Sachen handelt. (§ 932 II B.G.B. Art. 74 W.O.) Hier darf der Irrtum des Erwerbers nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen. Grob fahrlässig handelt ein Erwerber, der hinsichtlich der Berechtigung seines Autors begründete Zweifel hegt, aber aus Bequemlichkeit oder Eigennutz es unterlässt, der Sache auf den Grund zu gehen, sowie natürlich auch derjenige, welcher einen offenbaren, klar zutage tretenden Rechtsmangel aus Gedankenlosigkeit oder Vertrauensseligkeit nicht beachtet. Eine Pflicht zu genauer Nachforschung will aber das Gesetz dem Erwerber nicht auferlegen, wie Goldschmidt bereits für den Art. 306 A.D.H.G.B. annahm. (Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 9, S. 32.) Das entspricht auch den Anschauungen der römischen Juristen. (1. 6 D. de iur. et facti ignor. 22, 6: Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda; scientia enim hoc modo exigenda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit neque delatoria curiositas exigatur.) Dernburg dagegen legt auch in diesem Falle einen strengeren Massstab an: „Nicht oberflächliches Meinen genügt aber. Um die Stellung eines redlichen Besitzers zu haben, muss man beim Erwerb vorsichtig und sorgfältig zu Werke gegangen sein" (a. a. O. S. 336). Zweifellos wird hier der Begriff der culpa lata mit dem der culpa levis vertauscht. Diese erweiternde Interpretation des § 932 II entspricht

aber den Bedürfnissen des reellen Handelsverkehrs sowie dem natürlichen Rechtsempfinden, das einen so ausserordentlichen Akt, wie die Depossedierung eines Berechtigten, nur dann gutzuheissen vermag, wenn denjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsberaubung eintritt, auch nicht der geringste Vorwurf trifft. Auf diesen Standpunkt hat sich auch das Reichsgericht gestellt und eine Diligenzpflicht des Erwerbers angenommen. (R.G. 58, 164: „Das Gesetz geht davon aus, dass vom Erwerber ein gewisses Mass von Vorsicht geübt werde, dass er diejenige Prüfung in Ansehung des Rechtes seines Vormannes nicht unterlasse, die nach den gegebenen Umständen zu erwarten ist. Die Prüfungspflicht liegt dem Erwerber lediglich im Interesse des wahren Eigentümers ob.")

Eine erhöhte Sorgfalt verlangt das Gesetz von einem Bankier, der ein gestohlenes oder verlorenes Inhaberpapier kauft oder als Pfand nimmt. Nach § 367 H.G.B. gilt der gute Glaube eines solchen Bankiers als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Veräusserung oder Verpfändung der Verlust des Papiers im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit Ablauf des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen war, es sei denn, dass der Bankier die Veröffentlichung infolge besonderer Umstände weder kannte noch kennen musste. Ein Bankier ist also verpflichtet, die Veröffentlichungen des Reichsanzeigers zu kennen; behauptet er, dass seine Unkenntnis durch besondere Umstände entschuldigt sei, so trifft ihn die Beweislast.

Ebenso wie der Umfang ist der Inhalt des guten Glaubens in jedem einzelnen Falle besonders zu bestimmen. In den Fällen des Mobiliarerwerbes vom Nichteigentümer (§§ 932—935, 1032, 1207 B.G.B.) muss der Erwerber davon überzeugt sein, dass er mit dem Eigen-

tümer der zu erwerbenden Sache zu tun hat; es genügt nicht, dass er seinen Gegenkontrahenten gutgläubig für berechtigt hält, an Stelle des Eigentümers über die Sache zu verfügen. Sofern freilich gemäss §§ 169—173 B.G.B. eine erloschene Vertretungsmacht des veräussernden Nichtberechtigten als fortbestehend gilt, schliesst selbst die Kenntnis vom Nichteigentum des Veräusserers den guten Glauben des Erwerbers nicht aus. Hier handelt es sich aber überhaupt nicht um einen Erwerb vom Nichtberechtigten: die fortbestehende Vertretungsmacht legitimiert den Vertreter zur Begründung eines Rechtsnachfolgeverhältnisses gegenüber dem Vertretenen, „die Erwerbswirkung ist von der Berechtigung dieses Rechtsvorgängers abhängig und geschieht kraft seiner Berechtigung". (Sohm, Gegenstand S. 53.) Anders verhält es sich, wenn eine Vertretungsmacht überhaupt nicht besteht und fälschlich vorgespiegelt wird; dann könnte nur Rechtserwerb vom Nichtberechtigten in Frage kommen. Nach dem Wortlaut des § 932 II ist aber der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn er das Nichteigentum des Veräusserers kennt, mag er ihn auch gutgläubig für verfügungsberechtigt halten.

In zwei Fällen dagegen betrifft der gute Glaube lediglich die fehlende Verfügungsbefugnis des Veräusserers. Einmal im Falle des § 1244 B.G.B., wenn eine Sache als Pfand veräussert wird, ohne dass dem Veräusserer ein Pfandrecht zusteht; hier erwirbt der Käufer der als Pfand veräusserten Sache Eigentum, sofern er den Veräusserer gutgläubig für einen verkaufsberechtigten Pfandgläubiger ansieht. Sodann gemäss § 366 H.G.B. bei Veräusserungen und Verpfändungen beweglicher Sachen im Betrieb eines Handelgewerbes. Die Denkschrift zum H.B.G. (S. 221) bemerkt, dass auf diese weitergehende Berücksichtigung des guten Glaubens im Handelsverkehr nicht

verzichtet werden könne. Damit ist zugleich gesagt, dass es sich um eine handelsrechtliche Besonderheit, um ein ius singulare handelt, das analoger Anwendung nicht fähig ist. (Planck, B.G.B., Bd. 3, S. 230; Biermann, Sachenrecht S. 142.) Trotzdem behauptet Wendt (Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 89, S. 66), „dass alle irrtümlich und in gutem Glauben vorausgesetzte Verfügungsgewalt vollkommen in gleicher Weise zu beurteilen ist", und verlangt eine analoge Anwendung des § 366 H.G.B. für das bürgerliche Recht (a. a. O. S. 68 ff.). Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, dass die Vorschriften zum Schutze des gutgläubigen Erwerbers nur Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz der Rechtslogik sind, dass ohne Verfügungsrecht niemand wirksam über einen Gegenstand verfügen kann. Eine dem Wortlaut des Gesetzes nicht entsprechende weitergehende Anwendung dieser Vorschriften ist daher ausgeschlossen.

Im Falle des § 936 B.G.B. muss der gute Glaube des Erwerbers darauf gerichtet sein, dass die erworbene Sache nicht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist. Bei einer Kombination der Fälle der §§ 932 und 936 — Erwerb einer belasteten Sache vom Nichteigentümer — muss sich der gute Glaube des Erwerbers sowohl auf das Eigentum des Veräusserers als auch auf die Lastenfreiheit der erworbenen Sache erstrecken.

Der Erwerber eines dinglichen Rechts an einem Grundstück ist in gutem Glauben, wenn er den als berechtigt Eingetragenen bezw. den Besitzer des Hypothekenbriefs, der die nach § 1155 B.G.B. erforderlichen Abtretungserklärungen vorlegt, für den wirklich Berechtigten hält. (§§ 892, 1155 B.G.B.) Jedoch gilt der gute Glaube des Erwerbers als ausgeschlossen, sofern ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist (§ 892 I, Satz 1), oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs

aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht. (§ 1140 B.G.B.)

Ist das Recht des Verfügenden durch ein den Schutz bestimmter Personen bezweckendes Veräusserungsverbot gebunden (§§ 135, 136 B.G.B.), ist es bedingt oder befristet (§§ 161, 163 B.G.B.) oder einer Anfechtung ausgesetzt (§§ 119, 120, 123 B.G.B.), so ist Voraussetzung eines unanfechtbaren Rechtserwerbs der Glaube des Erwerbers an das unbeschränkte Verfügungsrecht seines Autors.[1]) Eine erfolgte Anfechtung begründet nicht nur einen persönlichen Anspruch des Anfechtenden gegen den Vorerwerber, sie wirkt nach § 142 II B.G.B. mit dinglicher Kraft rückwärts gegen alle diejenigen, welche die Anfechtbarkeit kannten oder hätten kennen müssen. Dagegen braucht der Erwerber hinsichtlich einer persönlichen Verbindlichkeit seines Autors nicht in gutem Glauben zu sein: die quasi-dingliche Wirkung des ius ad rem, welche das preussische Recht kannte, ist dem B.G.B. fremd.

Der gute Glaube des Erwerbers muss zur Zeit des dinglichen Rechtserwerbs vorhanden sein, beim Erwerb von Mobiliarrechten also im Zeitpunkt der Einigung und der Uebergabe (§ 932 I B.G.B.), bei einem Erwerb nach § 934 B.G.B. im Zeitpunkt der Abtretung des Herausgabeanspruchs bezw. des Besitzerwerbs, beim Erwerb von Zubehörstücken gemäss § 926 II B.G.B. zur Zeit der Erlangung des Besitzes. Ist zum Erwerb eines Grundstücksrechtes die Eintragung erforderlich, so muss sich der Erwerber solange in gutem Glauben befinden, bis die Parteien alles zur Aenderung der Rechtslage ihrerseits Erforderliche getan haben, also zur Zeit der Einigung und der Stellung des Eintragungsantrags. (§ 892 II B.G.B.) Der Erwerber einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld

[1]) Doch kann sich der Erwerber eines Grundstücksrechts nicht auf seine Unkenntnis der Verfügungsbeschränkung berufen, wenn dieselbe aus dem Grundbuch ersichtlich ist. (§ 892 I. Satz 2 B.G.B.)

muss im Zeitpunkt der Uebergabe des Briefs gutgläubig sein. Hat der Erwerber in dem entscheidenden Zeitpunkt des dinglichen Rechtserwerbs auf die Berechtigung seines Autors vertraut, so ist die nachträglich erlangte Kenntnis der wirklichen Rechtslage für ihn unschädlich; wie bei der römischen usucapio gilt auch hier der Satz: mala fides superveniens non nocet.

Der gute Glaube ist Voraussetzung des Rechtserwerbs nicht in dem Sinne, dass der Erwerber seinen guten Glauben beweisen müsste; vielmehr gilt nach B.G.B. die Regel: quisquis praesumitur bonus. Während der erste Entwurf den guten Glauben zu einer vom Erwerber zu beweisenden Voraussetzung des Rechtserwerbs machte, entschied sich die zweite Kommission (wenn auch nur mit 9 gegen 8 Stimmen) dafür, dem Berechtigten den Beweis für den bösen Glauben des Erwerbers aufzubürden. (Prot. Bd. III, S. 207 -208.) Diese Umkehrung der Beweislast bedeutet eine ausserordentliche Begünstigung des Erwerbers, der längere Zeit nach dem Erwerb häufig nicht mehr imstande sein würde, durch Darlegung der Erwerbstatsachen das Gericht von seiner Redlichkeit zu überzeugen. Sie bedeutet aber gleichzeitig eine schwere Benachteiligung des Berechtigten, der bei seiner Unkenntnis des Erwerbsvorgangs den Beweis der Unredlichkeit gewöhnlich nicht wird führen können.

Erfolgt der Erwerb durch einen Vertreter, so kommt nach § 166 I B.G.B. für die Frage des guten Glaubens nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht. Hat aber der Vertreter im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte oder kennen musste, nicht auf die Unkenntnis seines Vertreters berufen. (§ 166 II B.G.B.)

§ 9.

Das Verfügungsgeschäft.

Der gute Glaube des Erwerbers vermag (in den oben gezogenen Grenzen) das fehlende Verfügungsrecht des Veräusserers auszugleichen, er ist dagegen nicht imstande, „dort einen Erwerb zu vermitteln, wo auch a vero domino nichts übertragen sein würde". Wendt, a. a. O. S. 4.) Der Rechtserwerb des Gutgläubigen findet nur statt, wenn ein Verfügungsgeschäft vorliegt, ein an sich zur Rechtsübertragung geeigneter Akt, der bis auf die mangelnde Berechtigung des Verfügenden vollkommen normal ist. Ist der Erwerb ohne Verfügung erfolgt, oder entbehrt die Verfügung in formeller Beziehung der Wirksamkeit, so nützt dem Erwerber sein guter Glaube nichts.[1])

Das Verfügungsgeschäft ist nach B.G.B. ein Rechtsgeschäft, durch das die Rechtslage eines Gegenstandes unmittelbar geändert wird. (Sohm, a. a. O. S. 7.) Die Verfügung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft: sie besteht unabhängig von der Gültigkeit des zugrunde liegenden Kausalgeschäftes. Der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten setzt folglich eine iusta causa nicht voraus, es genügt vielmehr die Einigung der Parteien über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bezw. die Uebergabe der Mobilie. (§§ 873, I, 929 Satz 1, 1032 Satz 1, 1205 I, Satz 1 B.G.B.) Beim Erwerb einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld muss die Uebergabe des Hypotheken- bezw. Grundschuldbriefs hinzukommen; erst durch diese wird der Rechtserwerb vollendet. (§§ 1117 I, 1192 B.G.B.)

---

[1]) In diesen Fällen ist der gutgläubige Erwerber auch heute auf die Ersitzung angewiesen, die nach § 937 B.G.B. einen Titel nicht mehr erfordert.

Wie beim regulären Mobiliarerwerb kann auch beim irregulären die Uebergabe durch traditio ficta ersetzt werden, doch nur in beschränktem Masse. Durch brevi manu traditio erhält der gutgläubige Erwerber nur dann Eigentum, wenn er den Besitz vom Veräusserer selbst erlangt hatte. (§ 932 I Satz 2 B.G.B.) Das zu bedenklichen Zwecken verwendbare constitutum possessorium vermag einen Eigentumserwerb vom Nichteigentümer überhaupt nicht herbeizuführen; der Mangel des Geschäftes wird durch wirkliche Uebergabe geheilt, falls der Erwerber zu dieser Zeit noch in gutem Glauben ist. (§ 933 B.G.B.) Die Abtretung des Herausgabeanspruchs hat sofortigen Eigentumserwerb des Gutgläubigen zur Folge, wenn der verfügende Nichtberechtigte mittelbarer Besitzer der veräusserten Sache ist; andernfalls wird der gutgläubige Erwerber erst dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt. (§ 934 B.G.B.). Für den Erwerb des Niessbrauchs und des Pfandrechts an Mobilien gilt Entsprechendes (§§ 1032, 1207 B.G.B.); doch ist zur Bestellung des Pfandrechts durch cessio vindicationis erforderlich, dass der Besteller den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem unmittelbaren Besitzer anzeigt. (§ 1205 II B.G.B.).

Eine tatsächliche Verfügung des Nichtberechtigten muss vorliegen. Der gute Glaube des Erwerbers, durch Verfügung erworben zu haben, genügt nicht. Während im späteren römischen Recht der Titel nur noch die Bedeutung hatte, den Irrtum des Erwerbers über das Vorhandensein eines gültigen Erwerbsaktes zu rechtfertigen, ist nach B.G.B. das Verfügungsgeschäft ein selbständiges objektives Erfordernis des gutgläubigen Rechtserwerbs. Nichts berechtigt dazu, den Putativtitel in das moderne Recht zu übernehmen (vgl. Romeick, Zur Technik, H. 3, S. 20).

Die Verfügung des Nichtberechtigten muss formell wirksam sein. Ihre Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit muss auch der gutgläubige Erwerber gegen sich gelten lassen. (Wendt, a. a. O. S. 22 ff.) Nichtig ist die Verfügung eines Geschäftsunfähigen (§ 105 B.G.B.), die Verfügung eines beschränkt Geschäftsfähigen ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§§ 107, 108 B.G.B.), ferner eine Verfügung, die gegen ein gesetzliches Verbot (z. B. gegen ein absolutes Veräusserungsverbot) oder gegen die guten Sitten verstösst. (§§ 134, 138 B.G.B.) Anfechtbar ist eine Verfügung wegen Irrtums (§ 119 B.G.B.), wegen unrichtiger Uebermittelung (§ 120 B.G.B.), wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung (§ 123 B.G.B.). Doch muss das Verfügungsgeschäft selbst, nicht etwa nur das unterliegende Kausalgeschäft, den Anfechtungsgrund enthalten.

Da ein Verfügungsgeschäft vorausgesetzt wird, können weder kraft Gesetzes noch durch Zwangsvollstreckung Rechte vom Nichtberechtigten erworben werden. Für den ipso iure-Erwerb durch Illation gilt die allgemeine Regel, dass das Recht des Erwerbers vom Rechte seines Autors abhängig ist. Durch den Gütergemeinschaftsvertrag (§ 1438 B.G.B.) gehen die eingebrachten Gegenstände nur dann in das Gesamtgut über, wenn sie aus dem Vermögen des Einbringenden stammen. (Wendt, a. a. O. S. 30.) Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters (§ 559 B.G.B.) und des Verpächters (§ 585 B.G.B.) erstreckt sich nur auf die im Eigentum des Mieters bezw. Pächters stehenden Sachen; ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb gemäss § 1207 B.G.B. ist ausgeschlossen. Wie Wendt (a. a. O. S. 32—33) mit Recht ausführt, bedeutet der Ausdruck „entsprechende Anwendung" in § 1257 B.G.B., dass auf das gesetzliche Pfandrecht alle Vorschriften zur Anwendung kommen, die sich auf Inhalt und Ausübung des Pfand-

rechts beziehen, während diejenigen Vorschriften, welche die Entstehung des Pfandrechts betreffen, nicht entsprechend anwendbar sind.

Von der Regel, dass der gutgläubige Erwerb ein Verfügungsgeschäft voraussetzt, macht das H.G.B. in § 366 III eine Ausnahme, indem es das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleichstellt.

Der Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen seines Schuldners betreibt, erlangt trotz seines guten Glaubens kein besseres Recht, als der Schuldner besass. Eine zwangsweise eingetragene Sicherungshypothek wird im Gegensatz zu der früher herrschenden preussischen Praxis (Dernburg, a. a. O. S. 159) und dem ersten Entwurf des B.G.B. durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht geschützt. (§ 1184 B.G.B.) Wird eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache gepfändet, so erwirbt der Gläubiger trotz guten Glaubens kein wirksames Pfändungspfandrecht und ist der Vollstreckungs-Interventionsklage des Eigentümers gemäss § 771 I Z.P.O. ausgesetzt. Nach erfolgter Versteigerung kann der Dritte auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung die Herausgabe des Erlöses beanspruchen, da „der Gläubiger in fremdes Eigentum eingegriffen und demnach den Erlös direkt aus dem Vermögen des Eigentümers sich zugeeignet, ihn also nicht durch Vermittlung des Schuldners erhalten hat." (R.G. 40, 291.)

Die Willenserklärung des Verfügenden wird nach § 894, I Z.P.O. durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt, das ihn zur Abgabe der Erklärung verurteilt; nach § 897 Z.P.O. gilt dann die Uebergabe einer beweglichen Sache oder eines Hypothekenbriefs durch die Wegnahme seitens des

Gerichtsvollziehers als erfolgt. In diesem Falle fingiert das Gesetz die rechtsgeschäftliche Verfügung als geschehen: daher bestimmt § 898 Z.P.O., dass auf einen solchen Erwerb die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten Gutgläubiger Anwendung finden.

§ 10.

Die freiwillige Aufgabe des Besitzes.

Während die beiden Erfordernisse des guten Glaubens und des Verfügungsgeschäfts der römischen Ersitzungslehre entstammen — das Verfügungsgeschäft als ein von der unterliegenden causa abstrahierter Titel —, ist eine weitere Voraussetzung, die nur für den gutgläubigen Mobiliarerwerb besteht, deutschrechtlichen Ursprungs. In der Regel ist der Rechtserwerb des Gutgläubigen dadurch bedingt, dass der Berechtigte den unmittelbaren Besitz der betreffenden Mobilie auf den verfügenden Nichtberechtigten übertragen und dadurch die Erkennbarkeit seines dinglichen Rechts zerstört hat.

§ 935, 1 B.G.B. bestimmt, dass das Eigentum an einer beweglichen Sache trotz guten Glaubens nicht erworben wird, wenn dieselbe dem Eigentümer oder, falls dieser nur mittelbarer Besitzer war, dem unmittelbaren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Hat der Eigentümer oder sein Besitzmittler den Besitz der Mobilie ohne oder wider seinen Willen eingebüsst, so nützt dem Erwerber in der Regel sein guter Glaube nichts.[1]) Dabei ist zu beachten, dass im Falle

[1]) Hier ist der gutgläubige Erwerber ebenfalls auf die Ersitzung angewiesen, die nach § 937 B.G.B. durch Furtivität der Sache nicht ausgeschlossen wird.

mehrfachen Besitzes für die Frage des unfreiwilligen Besitzverlustes immer nur der Wille des unmittelbaren Besitzers in Betracht kommt. (Fuld, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 89, S. 407,) Denn der mittelbar besitzende Eigentümer hat ja gerade freiwillig den Besitz der Mobilie aufgegeben; ihm kann seine Sache weder gestohlen werden, da er sie nicht mehr in seinem Gewahrsam hat (§ 242 St.G.B.), noch abhanden kommen, da er sie selbst aus der Hand gegeben hat. O.L.G. 4, 296: „Ein Abhandenkommen liegt vor, wenn dem Besitzer etwas gegen seinen Willen aus der Hand, aus seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt kommt. Dies ist beim mittelbaren Besitzer als solchem gar nicht denkbar. In dem Moment, wo er den unmittelbaren Besitz einem anderen überlassen hat, ist die Sache bereits aus seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt gekommen. Von da ab kann sie ihm nicht mehr abhanden kommen."

Daher ist § 935 I unanwendbar, wenn der unmittelbare Besitzer eine unberechtigte Verfügung vornimmt, wenn er die ihm anvertraute Sache unterschlägt. (§ 246 St.G.B.) Man tut dem Wortlaut und dem Sinne des § 935 I Gewalt an, wenn man zu den abhanden gekommenen Sachen auch die vom Besitzmittler unterschlagenen Sachen rechnet, wie es Binding tut. (Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer, S. 39 ff.) Dagegen ist eine vom Besitzdiener unterschlagene Sache dem Besitzherrn abhanden gekommen, weil nach § 855 B.G.B. der Besitzdiener keinen eigenen Besitz hat, sondern der Besitz ausschliesslich beim Herrn verbleibt.

Ebenfalls abhanden gekommen ist eine durch einen Geschäftsunfähigen fortgegebene Sache, da ein solcher im Rechtssinne willensunfähig ist. Gibt ein beschränkt Geschäftsfähiger den Besitz auf und verweigert sein gesetzlicher Vertreter die erforderliche Genehmigung, so ist

die Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen rechtlich unwirksam; daher muss mit Planck (B.G.B. Bd. III, S. 234) und gegen die Motive (Bd III, S. 348) unfreiwilliger Besitzverlust angenommen werden. Streit herrscht ferner darüber, ob in den Fällen, in denen die Aufgabe des Besitzes wegen Irrtums (§ 119 B.G.B.), Betrugs oder Drohung (§ 123 B.G.B.) angefochten worden ist, freiwillige Aufgabe des Besitzes oder unfreiwilliger Besitzverlust vorliegt. An sich ist der Besitz freiwillig aufgegeben worden, auch wenn der Willensentschluss des Aufgebenden in seiner Entstehung durch Täuschung oder Drohung unzulässig beeinflusst worden ist. (l. 21 § 5 D. quod metus causa 4, 2: quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.) Nun ist aber gemäss § 142 I B.G.B. ein Rechtsgeschäft nach rechtzeitig erfolgter Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen; die Aufgabe des Besitzes gilt also als nicht erfolgt. Deshalb wird man sich auch hier mit Planck (B.G.B. Bd. III, S. 235) für unfreiwilligen Besitzverlust entscheiden müssen. (a. M. Mot. Bd. III, S. 348. Fischer-Henle, B.G.B. S. 604.)

Während im Falle psychischen Zwanges (vis compulsiva) die rechtzeitig erfolgte Anfechtung den Ausschlag gibt, liegt bei Anwendung physischer Gewalt (vis absoluta) natürlich von vornherein unfreiwilliger Besitzverlust vor, da hier die Möglichkeit einer Willensentscheidung überhaupt ausgeschlossen ist.

Der Erwerber braucht die freiwillige Aufgabe des Besitzes ebensowenig zu beweisen, wie seinen guten Glauben; es kommt ihm vielmehr die Eigentumsvermutung des § 1006 I B.G.B. zugute, die der Berechtigte durch den Nachweis unfreiwilligen Besitzverlustes entkräften muss. Die Umkehrung der Beweislast zugunsten des Erwerbers wird durch die negative Fassung des § 935 I ausgedrückt.

Im Interesse der Verkehrssicherheit gilt die beschränkende Voraussetzung des § 935 I nicht für den Erwerb von Geld, Inhaber- und Orderpapieren, sowie für den Erwerb beweglicher Sachen im Wege öffentlicher Versteigerung. (§ 935 II B.G.B., Art. 74 W.O., § 365 I H.G.B.) In diesen Fällen wird der Eigentumserwerb des Gutgläubigen durch unfreiwilligen Besitzverlust nicht ausgeschlossen. Der Erwerb von Geld und skripturrechtlichen Wertpapieren ist erleichtert, weil diese Sachen ihrer Natur nach zum Umlauf bestimmt sind, während durch die Begünstigung des Versteigerungserwerbs das Vertrauen auf die unter staatlicher Autorität stattfindenden Veräusserungen erhöht und der materielle Erfolg der Versteigerungen sichergestellt werden soll. (Mot. Bd. III, S. 349.)

Auf den Erwerb des Niessbrauchs (§ 1032 B.G.B.) und des Pfandrechts (§ 1207 B.G.B.) finden die Vorschriften des § 935 entsprechende Anwendung. Der Erwerber erlangt also trotz guten Glaubens an beweglichen Sachen (ausser an Geld und Inhaberpapieren) weder Niessbrauch noch Pfandrecht, falls dieselben dem Eigentümer oder seinem Besitzmittler gestohlen worden oder abhanden gekommen sind.

Für den Fall, dass eine vom Eigentümer belastete Sache dem Lastenberechtigten abhanden kommt und, nachdem sie in die Hände des Eigentümers zurückgelangt ist, von diesem an einen gutgläubigen Dritten veräussert wird, fehlt es in § 936 B.G.B. an einer entsprechenden Bestimmung. Doch wird man auch hier in analoger Anwendung des § 935 mit Crome (System Bd. 3, S. 226) annehmen dürfen, dass (ausser bei Inhaberpapieren) die Last durch den guten Glauben des Erwerbers nicht überwunden wird.

§ 11.

Die Legitimation des Verfügenden.

Das Verhältnis des Verfügenden zu dem Verfügungsgegenstand muss so beschaffen sein, dass der Erwerber mit gutem Grunde die Berechtigung des Verfügenden annehmen kann; „der gute Glaube muss durch die Legitimation des Verfügenden objektiv gerechtfertigt sein". (Sohm, a. a. O. S. 54.) Im Institut der Legitimation lebt die Legitimationsfunktion der alten Gewere fort. Doch hat diese Funktion im modernen Rechte eine gesteigerte Wirksamkeit gewonnen: der Erwerber, der sich auf die Legitimation des Verfügenden verlässt, erwirbt mehr als eine anfechtbare Berechtigung, er erwirbt das dingliche Recht selbst. (Huber, a. a. O. S. 74—75.)

Man muss es vermeiden, mit dem Begriff „Legitimation" die Vorstellung von einer rechtlich verliehenen Macht zu verbinden; man kommt dann entweder zu unhaltbaren Resultaten (s. weiter unten § 13) oder wie Regelsberger (Jherings Jb. Bd. 47, S. 361) zu einer vollständigen Ablehnung des Begriffs „Legitimation" für die hier behandelten Fälle des Rechtserwerbs. Eine treffende Definition des Begriffs gibt Sohm (a. a. O., S. 52): „Legitimation ist nicht Berechtigung, auch nicht rechtliche Macht. Aber Legitimation ist ein von Rechtswegen für den Verkehr genügender Ausweis der Berechtigung." Sohm unterscheidet (S. 53) drei Fälle der Legitimation im B.G.B.: den legitimierenden Ausweis des Vertretungsrechts (§§ 169—173), den legitimierenden Ausweis des Erbrechts (§§ 2366, 2367) und den legitimierenden Ausweis des Verfügungsrechts, um den es sich hier handelt. In den beiden ersten Fällen ist ein Rechtsvorgänger vorhanden (der Vertretene, der Nachlass), von dessen Berechtigung die Wirksamkeit

einer Verfügung des Legitimierten abhängig gemacht wird. Im dritten Falle dagegen wird das Recht des Erwerbers von keinem vorhandenen Rechte abgeleitet (s. weiter unten § 14). Damit der Erwerber, der dem äusseren Anschein der Berechtigung traut, „gegen die ihm aus trügerischem Scheine drohenden Nachteile geschützt wird" (Gierke, Fahrnisbesitz S. 31), legt das Gesetz der Verfügung des Legitimierten dieselbe Wirkung bei wie der Verfügung des Berechtigten. „Der Legitimierte gilt zugunsten des Gutgläubigen dem Berechtigten gleich." (Sohm, S. 14.)

Die Legitimation des Verfügenden ist entweder vollkommen oder unvollkommen. Vollkommen ist sie, wenn der Erwerber sich unbedingt auf sie verlassen kann, unvollkommen, wenn ihre Wirksamkeit durch einen äusserlich nicht erkennbaren Umstand aufgehoben werden kann. Unvollkommen legitimiert ist derjenige, der über eine bewegliche Sache verfügt, sofern unfreiwilliger Besitzverlust den Rechtserwerb ausschliessen würde.

Die Form der Legitimation ist bei Mobilien und bei Immobilien ganz verschieden. Im Immobiliarverkehr legitimiert der Bucheintrag. Nach dem Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gilt der Inhalt des Buchs zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers als richtig, vorausgesetzt, dass kein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist. (§ 892 I B.G.B.) Der als berechtigt Eingetragene gilt zugunsten des Gutgläubigen als wirklich Berechtigter, nicht eingetragene entgegenstehende Rechte gelten als nicht vorhanden. Bei der Uebertragung einer Briefhypothek legitimiert sich der Verfügende durch den Besitz des Hypothekenbriefs und durch den Bucheintrag bezw. eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen. (§ 1155 B.G.B.)

Für den Mobiliarverkehr schreibt man gewöhnlich dem Besitz Legitimationskraft zu. So spricht z. B. Gierke (Fahrnisbesitz S. 31) von der dem Fahrnisbesitz verliehenen formellen Legitimationskraft im Rechtsverkehr. Demgegenüber weist Regelsberger (a. a. O. S. 362) mit Recht darauf hin, dass für den Mobiliarerwerb Besitz (auch nur mittelbarer) des Veräusserers nicht immer erforderlich ist (§ 934 II B.G.B.), aber auch nicht immer genügt. (§ 933 B.G.B.) Genau genommen legitimiert im Mobiliarverkehr nicht der Besitz, sondern der Umstand, dass der Verfügende durch seinen Besitzstand oder anderweitig befähigt ist, dem Erwerber die tatsächliche Macht über die Sache zu verschaffen. Doch ist zu beachten, dass, abgesehen von den Fällen des § 935 II, die Legitimation im Fahrnisverkehr nur unvollkommen ist.

Da der Niessbrauch nach § 1059 B.G.B. nicht übertragbar ist, sondern nur zur Ausübung überlassen werden kann, kommt eine Legitimation des Niessbrauchers nicht in Betracht. Dagegen gilt der vermeintliche Pfandgläubiger zugunsten des gutgläubigen Käufers als Berechtigter, sofern ein formgerechter Pfandverkauf stattfindet. (§ 1244 B.G.B.)

Wer einen Wechsel oder ein anderes Orderpapier indossiert, wird durch die Inhabung des Papiers und durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten als Eigentümer des Papiers legitimiert. (Art. 36 W.O., § 365 I H.G.B.)

§ 12.

Die einzelnen Fälle des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten.

Bevor eine Klassifikation der einzelnen Fälle des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten gegeben werden kann, ist es nötig, den Begriff des Nichtberechtigten näher

zu bestimmen. Unter einem Nichtberechtigten versteht das Gesetz den nicht zur Verfügung Berechtigten. Einen unrichtigen Begriff des Nichtberechtigten stellt Hellwig auf (Rechtskraft S. 103): er bezeichnet als Nichtberechtigten denjenigen, der über ein Recht verfügt, welches ihm nicht zusteht. Ihm gilt der verkaufende Pfandgläubiger ebenso als Nichtberechtigter wie der Depositar, der eine anvertraute Sache unterschlägt. Umgekehrt muss nach Hellwig der in der Verfügung beschränkte Eigentümer als Berechtigter angesehen werden. Die Unrichtigkeit der Hellwigschen Definition ergit sich aus § 816 I B.G.B., weil sie hier zu der unmöglichen Konsequenz führen würde, dass der Pfandgläubiger dem Verpfänder den Versteigerungserlös herausgeben müsste.

Die Begriffe „Recht" und „Verfügungsrecht" schneiden sich, aber sie decken sich nicht. Der Nichtinhaber eines Rechts (der Pfandgläubiger, der zur Verwaltung berechtigte Ehemann) kann zur Verfügung über dasselbe berechtigt sein (§§ 1242, 1376 B.G.B.), dem Inhaber eines Rechts (dem beschränkt Berechtigten) kann die Verfügungsbefugnis fehlen.

Nichtberechtigter im Sinne des Gesetzes ist nicht der Nichtinhaber eines Rechts, sondern der nicht zur Verfügung Berechtigte. Der nicht Verfügungsberechtigte kann entweder Nichtinhaber oder Inhaber des betreffenden Rechts sein. Danach muss unterschieden werden zwischen dem Rechtserwerb vom nichtberechtigten Nichtinhaber eines Rechts und dem Rechtserwerb vom nichtberechtigten Inhaber eines Rechts.

In die erste Kategorie gehört:

1. der Normalfall des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten, der Rechtserwerb von einem Nichteigentümer, den der Erwerber gutgläubig für den Eigentümer hält. (§§

892, 926 II, 932—935, 1032, 1207 B.G.B., Art. 74 W.O. § 365 I H.G.B.);

2. der Rechtserwerb von einem vermeintlichen Hypothekar oder einem sonst fälschlich als berechtigt ins Grundbuch Eingetragenen (§§ 892, 1155 B.G.B.);

3. gehören hierher die beiden Fälle, in denen der Glaube des Erwerbers an die Verfügungsbefugnis des Nichteigentümers einen Rechtserwerb herbeiführt:

a) Der Eigentumserwerb von einem vermeintlichen Pfandgläubiger (§ 1244 B.G.B.),

b) der Eigentums- oder Pfandrechtserwerb von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes. (§ 366 H.G.B.)

Die zweite Kategorie umfasst diejenigen Fälle, in denen der Veräusserer zwar über ein eignes Recht verfügt, aber aus irgend einem Grunde in der Verfügung über sein Recht beschränkt ist. Der beschränkt Berechtigte ist als nicht Verfügungsberechtigter ebenfalls ein Nichtberechtigter. Der Erwerb von einem beschränkt Berechtigten wird im allgemeinen ebenso behandelt, wie der Erwerb von einem Nichtberechtigten: wenn der entsprechende gute Glaube vorhanden ist und alle sonstigen Bedingungen des Rechtserwerbs erfüllt sind, erlangt der gutgläubige Erwerber das Recht, das zu erwerben er hoffen durfte. (Sohm, a. a. O. S. 57.)

Die zweite Kategorie umfasst folgende 5 Fälle:

1. den Rechtserwerb von einem Eigentümer, der durch begrenzte dingliche Rechte Dritter in der Verfügung beschränkt ist. (§§ 892, 926 II, 936, 1032, 1208 B.G.B.) Mit dem gutgläubigen Erwerb des freien Eigentums erlischt das Recht des Dritten, während es hinter einem

gutgläubig erworbenen begrenzten dinglichen Recht zurücksteht.

2. den Rechtserwerb von einem Autor, dessen Recht durch ein den Schutz bestimmter Personen bezweckendes gesetzliches oder gerichtliches Veräusserungsverbot[1]) gebunden ist. (§§ 135, 136 B.G.B. Art. 61 E.G. B.G.B.) Während ein im öffentlichen Interesse erlassenes (absolutes) Veräusserungsverbot auch gegen gutgläubige Dritte wirkt und die Nichtigkeit einer widerstreitenden Verfügung herbeiführt (§ 134 B.G.B.; Mot. Bd. III, S. 216), ist eine Verfügung, die gegen ein relatives Veräusserungsverbot verstösst, den geschützten Personen gegenüber nur dann unwirksam, wenn der Erwerber sich hinsichtlich der Verfügungsbeschränkung nicht in gutem Glauben befand. Diese Regel erleidet indessen zwei bemerkenswerte Ausnahmen:

a) durch die Vorschrift des § 1404 B.G.B., wonach auch ein gutgläubiger Erwerber die Verfügungsbeschränkungen der Ehefrau gegen sich gelten lassen muss,

b) durch die Nichtberücksichtigung des gutgläubigen Mobiliarerwerbs in § 7 I K.O.

3. den Rechtserwerb vom Eigentümer, dessen Recht bedingt oder befristet ist. (§§ 161, 163 B.G.B.) Die durch den Eintritt der Bedingung herbeigeführte Unwirksamkeit einer in der Schwebezeit vorgenommenen Verfügung wird durch den guten Glauben des Erwerbers ebenso geheilt, wie die durch den Eintritt des Termins herbeigeführte Unwirksamkeit einer in der Zwischenzeit vorgenommenen Verfügung.

4. den Rechtserwerb von einem Autor, dessen Recht einer Anfechtung ausgesetzt ist. Der Erwerber erlangt

[1]) §§ 6, 7 I K.O., 1445, 1984 I, 2211 B.G.B., 938 II Z.P.O.

das Recht, wenn er die Anfechtbarkeit des Vorerwerbs weder kannte noch kennen musste (§ 142 II B.G.B.), es sei denn, dass unfreiwilliger Besitzverlust des Anfechtenden angenommen werden muss. (Siehe oben § 10.)

5. den Rechtserwerb nach Eintritt der Rechtshängigkeit. (§ 325 Z.P.O.) Das gegen den Autor ergangene rechtskräftige Urteil wirkt nicht gegen den gutgläubigen Erwerber der in Streit befangenen Sache.[1]) Doch muss der Erwerber eines Grundstücks ein Urteil, das einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld betrifft, in Ansehung des Grundstücks gegen sich gelten lassen. (§ 325 III Z.P.O.)

§ 13.

Der Rechtsgrund des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten.

Ueber die rechtliche Konstruktion des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten herrscht Streit. Gierke (D.P.R. Bd. II, S. 575/76), Hellwig (Rechtskraft S. 98 ff.), Crome (System Bd. I, S. 313/14) u. a. vertreten die Ansicht, dass eine dem Legitimierten gesetzlich verliehene Verfügungsmacht der wahre Rechtsgrund des Erwerbs sei. Nach Gierke (Fahrnisbesitz S. 17) „verknüpft das B.G.B. mit dem Besitz im Bereich des Fahrnisverkehrs eine ähnliche formale Verfügungsmacht, wie sie einst der Gewere anhaftete". Diese formale Verfügungsmacht soll die Kraft besitzen, das wahre Recht zu überwinden. Nun vermochte

[1]) Die extensive Interpretation, die Hellwig (Rechtskraft S. 480 ff.) dem § 325 II Z.P.O. gegeben hat, — Erweiterung der Rechtskraftwirkung zugunsten einer gutgläubigen Prozesspartei — braucht hier nicht berücksichtigt zu werden. Sie hat übrigens allgemeine Ablehnung gefunden. (Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft S. 434 ff.; Gaupp-Stein, Z.P.O., Bd. I, S. 783; Mot. Bd. III, S. 223–224.)

aber die formale Verfügungsmacht des Gewereinhabers dem Erwerber keinen unanfechtbaren Rechtserwerb zu verschaffen, „vielmehr hindert der Mangel im Recht des Vorgängers auch dann, wenn die erforderliche Gewere erworben ist, den Erwerb des in ihr erscheinenden Rechts". (Gierke, Fahrnisbesitz S. 13.) Die Berufung auf die Gewere führt also nicht zum Ziele. (Vgl. Regelsberger, a. a. O. S. 363.)

Hellwig (Rechtskraft S. 98) nimmt an, „dass das Gesetz dem Nichtberechtigten lediglich mit Rücksicht auf den Schutz des gutgläubigen Verkehrs die ihm nach dem Regelrechte fehlende Macht zur Verfügung über das fremde Vermögen verleiht". Diese Verfügungsmacht aber ist „die Macht, eine Verfügung selbst wirksam vorzunehmen oder durch einen Vertreter vornehmen zu lassen". (S. 100.) Eine derartige Verfügungsmacht besitzt der verfügende Nichtberechtigte nach Art. 2279 Code civil, weil er befähigt ist, eine ihm anvertraute Mobilie zu veräussern, ohne dass die Wirksamkeit der Veräusserung von der Redlichkeit des Erwerbers abhängig wäre. Wenn jedoch die Verfügung des Nichtberechtigten mit dem guten Glauben des Erwerbers steht und fällt, kann dann noch von einer Verfügungsmacht des Nichtberechtigten die Rede sein? Nun führt Hellwig (S. 98) freilich zwei Fälle an, in denen „das Gesetz der Verfügung trotz Bekanntseins der Nichtberechtigung des Verfügenden Wirksamkeit verleiht", nämlich den Eigentumserwerb an einem Inhaberpapier nach § 797 B.G.B. und den Erwerb eines Wechsels durch den zahlenden Wechselschuldner. Für Art. 36 V W.O. muss die Zulässigkeit eines mala fide-Erwerbs bestritten werden. Der Satz: „die Echtheit der Indossamente zu prüfen, ist der Zahlende nicht verpflichtet" besagt nur, dass dem Zahler eine besondere Diligenzpflicht nicht obliegt; doch lässt sich daraus nicht folgern, dass der Schuldner wissent-

lich oder auch nur grobfahrlässig an einen Nichtberechtigten leisten darf. Wie das Reichsgericht (R.G. 53, 207) entschieden hat, ist der Wechselschuldner nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 B.G.B.) verpflichtet, die Zahlung zu verweigern, wenn ihm die mangelnde materielle Legitimation des Präsentanten bekannt ist oder bekannt sein muss.

Anders verhält es sich mit dem Erwerb nach § 797 B.G.B. Die Frage, ob der Aussteller trotz der ausdrücklichen Bestimmung des § 793 I B.G.B. verpflichtet ist, die Leistung nach Treu und Glauben zu bewirken, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls aber erwirbt der Aussteller mit der Aushändigung kraft Gesetzes das Eigentum an der Urkunde, auch wenn er weiss, dass der Inhaber zur Verfügung über dieselbe nicht berechtigt ist. (Planck, B.G.B. Bd. II, S. 901.) Dennoch lässt sich dieser Fall nicht für die Theorie verwerten, welche den Rechtserwerb aus einer Verfügungsmacht des Nichtberechtigten ableitet. (Ebenso Regelsberger, a. a. O. S. 364.) Hier handelt es sich nämlich gar nicht um einen Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, sondern um eine Leistung an einen Nichtberechtigten. Der Aussteller beabsichtigt nicht, einen Rechtserwerb zu machen, er will sich durch die Zahlung von seiner Leistungspflicht befreien. Was er erwirbt, ist kein verkörpertes Forderungsrecht mehr, sondern ein wertloses Stück Papier, da mit der Aushändigung die Forderung durch Konfusion erlischt und nur in der Hand eines neuen Erwerbers wieder aufzuleben vermag. Der ipso iure-Erwerb des Eigentums ist weiter nichts als die Form, in welcher das Gesetz die Befreiung des Ausstellers eintreten lässt. Dasselbe gilt für den Erwerb nach Art. 36 V W.O. Die beiden Fälle gehören demnach nicht zum Thema und sind aus diesem Grunde oben nicht berücksichtigt worden.

Ist aber der gute Glaube des Erwerbers unentbehrliche Voraussetzung des Rechtserwerbs, so lässt sich die Theorie von der Verfügungsmacht des Nichtberechtigten nicht aufrecht erhalten. (Uebereinstimmend Regelsberger, a. a. O. S. 363; Enneccerus, Lehrbuch Bd. I, S. 327.) Der äusserlich Legitimierte besitzt freilich eine formale Verfügungsmacht: er hat die tatsächliche Macht zu formal gültigen Verfügungen. Weiter aber reicht seine Macht nicht. Sie vermag das materielle Recht nicht zu überwinden, wenn sich der Erwerber zur Zeit des Erwerbs nicht in gutem Glauben befindet. Von der Voraussetzung der Gutgläubigkeit des Erwerbers, also einer von der Willkür des Verfügenden unabhängigen Tatsache, macht das Gesetz die Aufrechterhaltung der Verfügung abhängig.

Eine gesetzlich verliehene Verfügungsmacht kann ferner nicht als eine rein tatsächliche Macht, sie muss als eine rechtliche Befugnis aufgefasst werden. „Eine von Rechtswegen bestehende Verfügungsmacht, die kein Verfügungsrecht wäre, ist wie überhaupt so auch auf dem Boden des B.G.B. nicht denkbar. Jede rechtliche Macht ist nach B.G.B. ein Recht." (Sohm, a. a. O. S. 52.) Demgemäss spricht Crome von den Befugnissen, die Eintragung und Besitz verleihen. (System Bd. III, S. 147, 216.) Die Annahme einer Verfügungsbefugnis des bösgläubigen Nichtberechtigten verletzt aber nicht nur das Rechtsgefühl, wie Regelsberger (a. a. O. S. 364) zutreffend bemerkt, sie schafft auch eine Antinomie zwischen Zivil- und Strafrecht. Der Gesetzgeber kann unmöglich Unterschlagungen mit Strafe bedrohen und gleichzeitig dem Besitzer einer fremden Sache das Recht verleihen, eine Unterschlagung zu verüben. Bestände wirklich eine derartige Unterschlagungsbefugnis des Besitzers, so wäre seine Handlung nicht mehr als rechtswidrig zu bezeichnen und könnte infolgedessen auch nicht bestraft werden.

(§ 246 St.G.B.) Auch diese Erwägung führt zur Ablehnung der Theorie von der Verfügungsmacht des Nichtberechtigten.

Eine andere Theorie erklärt den guten Glauben des Erwerbers für die Grundlage des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten. Diese Ansicht wird vertreten von Bekker (System Bd. I, S. 109), Dernburg (a. a. O. S. 334) und Regelsberger (a. a. O. S. 357). Zweifellos findet die Einschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung einzig und allein durch den guten Glauben des Erwerbers ihre „wirtschaftliche und ethische Rechtfertigung". (Dernburg.) Trotzdem kann der gute Glaube nicht als Rechtsgrund des Erwerbs angesehen werden, da das „gutgläubige Tun" des Erwerbers (Bekker) für sich allein Rechtsfolgen überhaupt nicht hervorzubringen vermag, vielmehr die übrigen oben angeführten Voraussetzungen hinzutreten müssen, damit ein Rechtserwerb zustande kommt.

Ferner lässt sich gegen diese Theorie einwenden, dass durch den guten Glauben des Erwerbers nur ein Lösungsanspruch, nicht aber die Depossedierung des Berechtigten begründet werden kann. Wie Franken (Franz. Pfandrecht Bd. I, S. 296 f.) ausführt, basiert der redliche Erwerber auf seinem ehrlichen Aufwand für die Sache. Offeriert ihm nun der vindizierende Eigentümer die Erstattung seines Aufwandes und weist der Erwerber diese Offerte zurück, so hat es mit seiner bona fides ein Ende. Denn es widerspricht der Billigkeit, dass der Erwerber sich auf Kosten des Eigentümers bereichert: iure naturae æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. (l. 206 D.R.J. 50, 17.)

Der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten lässt sich sonach weder durch den guten Glauben des Erwerbers noch durch die angebliche Verfügungsmacht des Nicht-

berechtigten begründen. Ebenso muss jeder andere Versuch, den Erwerb des Gutgläubigen aus Gründen der Rechtslogik zu erklären, mit Notwendigkeit misslingen. Zur Begründung dieser Behauptung sei auf die treffenden Ausführungen v. Schwerins (Rechtsnachfolge S. 31) verwiesen: „Es ist immer ein unsicheres Beginnen, einer nur von praktischen Bedürfnissen diktierten Norm des objektiven Rechts eine vor dem Forum der rechtlichen Logik standhaltende Erklärung zu geben. Noch viel weniger kann man eine solche Norm mit aus dem objektiven Recht gezogenen Gründen oder allgemeinen Rechtsregeln begründen, wenn dieselbe im Widerstreit mit denselben geschaffen ist. Ein solcher aber liegt vor, wenn das Eigentum vom Gesetz nicht mehr den Schutz empfängt, den es normalerweise empfangen sollte; er liegt vor beim Erwerb des Gutgläubigen, der einen gesetzlich sanktionierten Eingriff in das Eigentum enthält."

Die vorstehende Betrachtung führt also zu einem negativen Resultat. Der Rechtserwerb des Gutgläubigen lässt sich nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ableiten, er erfolgt vielmehr lediglich deshalb, weil das Gesetz es so will. „Der einzige Grund für diesen Erwerb ist und bleibt der Machtspruch des Gesetzgebers." (v. Schwerin, eod.) Um dem sachenrechtlichen Verkehr möglichste Sicherheit zu verleihen und die Zahl der Prozesse zu verringern, durchbricht das Gesetz den allgemeinen Grundsatz der Rechtslogik, dass niemand ohne Verfügungsrecht wirksam über einen Gegenstand verfügen kann, und bestimmt, dass unter gewissen Voraussetzungen die Verfügung des Nichtberechtigten zugunsten des gutgläubigen Erwerbers Wirksamkeit haben soll. Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist unwirksam, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Derartige Ausnahmebestimmungen sind die Vor-

schriften des § 185 B.G.B. über die Konvaleszenz von Verfügungen eines Nichtberechtigten sowie die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. Diese Vorschriften verdanken ihre Entstehung rein praktischen Erwägungen, sie sind ein ius singulare quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum est. (L. 16 D. de legibus 1, 3.) Vgl. Romeick, Zur Technik H. 3, S. 70; Binding, a. a. O. S. 28—29.

§ 14.

Die Natur des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten.

Eine andere Kontroverse besteht hinsichtlich der Natur des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten. Für derivativen Erwerb treten ein Wendt (a. a. O. S. 17 ff.), Gierke (D.P.R. Bd. II, S. 576), Hellwig (Rechtskraft S. 101 ff.) und Dernburg (Bürgerl. Recht Bd. I, S. 354), der allerdings einen ganz neuen Begriff des derivativen Erwerbs aufstellt, für originären Erwerb dagegen Regelsberger (a. a. O. S. 375 ff.), Sohm (a. a. O. S. 52), Mendelssohn-Bartholdy (Grenzen der Rechtskraft S. 435), Romeick (a. a. O. S. 35) und v. Schwerin (a. a. O. S. 25). Für derivativen Erwerb spricht der Umstand, dass bis auf das fehlende Verfügungsrecht des Autors der volle Tatbestand eines Verfügungsgeschäfts vorliegen muss, wenn der Rechtserwerb des Gutgläubigen eintreten soll. Das Verfügungsgeschäft ist aber „ein abgeleiteter Erwerbsgrund, der die Rechtsnachfolge im Verhältnis zum Verfügenden begründet". (Sohm, a. a. O. S. 54.) Dieses Rechtsnachfolgeverhältnis zum Nichtberechtigten hat nach Sohm (S. 49) folgende drei Rechtswirkungen: der Erwerber kann sich die Besitz-

zeit seines Autors anrechnen (§§ 221, 943 B.G.B.), er kann gegenüber dem Herausgabeanspruch dessen Verwendungen geltend machen (§ 999 I B.G.B.) und gegenüber dem Besitzanspruch dessen Einwendungen erheben. (§§ 861 II, 862 II B.G.B.) Die beiden ersten Rechtswirkungen kommen nicht in Betracht, wenn ein Rechtserwerb erfolgt ist. Dagegen kann der gutgläubige Erwerber gegenüber dem Besitzanspruch dieselben Einwendungen erheben, die seinem Autor zustanden.

Weitere Rechtswirkungen vermag die Verfügung des Nichtberechtigten als solche nicht hervorzubringen. Der verfügende Nichtberechtigte kann aus eigener Kraft dem Erwerber weder ein fremdes noch ein eigenes Recht verschaffen; der Erwerb erfolgt vielmehr lediglich kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift. Das neu entstehende Recht baut sich daher nicht auf der Grundlage des bisher vorhandenen auf, es besteht kein Kausalverhältnis zwischen dem Recht des Vorberechtigten und dem Recht des gutgläubigen Erwerbers. Das Vorhandensein eines Kausalzusammenhangs ist aber das begriffliche Merkmal des derivativen Erwerbs: „Das abgeleitete Recht entsteht kraft eines vor ihm bestehenden Rechts und schöpft aus dessen Dasein seine Existenzberechtigung." (v. Schwerin, a. a. O. S. 4.) Hiervon kann beim Rechtserwerb vom Nichtberechtigten nicht die Rede sein; denn „das Gesetz lässt Eigentum in der Person des gutgläubigen Erwerbers entstehen, nicht weil, sondern im Gegenteil trotzdem das frühere Eigentum bestand." (Romeick, a. a. O. S. 35.) Obgleich der Erwerb durch Verfügung, also in der Form eines derivativen Erwerbs erfolgt, fehlt das entscheidende Kriterium des derivativen Erwerbs: das Moment der Kausalität. Daraus folgt, dass der Erwerb zwar formell derivativ, aber materiell originär ist. Dieser Gegensatz zwischen Form und Inhalt ist bei einem Rechtsinstitut, das nicht

Gründen der Rechtslogik, sondern praktischen Bedürfnissen seine Entstehung verdankt, nicht weiter verwunderlich.

Der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten ist also seinem Wesen nach originär. Damit steht nicht in Widerspruch die Ausdrucksweise des Gesetzes: „welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten". Treffend bemerkt Romeick (a. a. O. S. 29): „die Worte „welche Rechte herleiten" konstatieren nur, wie sich die Sache im Kopfe des gutgläubigen Erwerbers spiegelt —, die Worte „von einem Nichtberechtigten" besagen, dass diese Spiegelung der objektiven Sachlage nicht entspricht".

Die Entscheidung der vorstehenden Kontroverse ist von praktischer Bedeutung, wenn man den Begriff des derivativen Erwerbs mit dem der Rechtsnachfolge identifiziert, wie es die gemeinrechtliche Lehre tat. (Windscheid-Kipp, Pand. Bd. I S. 304.) Denn dann hängt von dieser Entscheidung die Anwendbarkeit derjenigen Bestimmungen des B.G.B. und der Z.P.O. ab, welche an das Bestehen einer Rechtsnachfolge bestimmte rechtliche Wirkungen knüpfen. Nun lässt sich aber für das geltende Recht ein einheitlicher Begriff der Rechtsnachfolge nicht aufstellen, wie wohl allgemein anerkannt wird. (v. Schwerin, a. a. O. S. 86 ff.; Regelsberger, a. a. O. S. 370 ff.; Sohm, a. a. O. S. 37—38.) Sohm unterscheidet einen engeren Begriff der Rechtsnachfolge, der „das Verhältnis des abgeleitet Erwerbenden zu seinem Vormann" bezeichnet, von einem weiteren Begriff der Rechtsnachfolge, welcher dann anzuwenden ist, „wenn die Rechtswirkungen von Belastungen gegenüber dem gegenwärtigen Eigentümer in Frage stehen". Im letzteren Falle handelt es sich lediglich um eine Nachfolge im Recht, mit Dernburg (a. a. O. S. 352) zu reden um eine „äusserliche, unverbundene Nachfolge, bei der der Erwerber originär kraft eigenen Rechts in die Rechts-

stellung eintritt, die früher einem anderen zukam.“ Denselben Begriff der äusserlichen Sukzession stellt das Reichsgericht (R.G. 40, 339) für die §§ 265—266 Z.P.O. auf: es bezeichnet als Rechtsnachfolger den jetzigen Inhaber des Rechts, welches vorher der Kläger oder Beklagte inne hatte.

Unter diesen weiten und farblosen Begriff der Rechtsnachfolge fällt auch der ursprüngliche Rechtserwerb des Gutgläubigen. Es lässt sich daher der § 325 Z.P.O., der den gutgläubigen Erwerber zu den Rechtsnachfolgern rechnet, nicht etwa gegen die originäre Natur des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten anführen. In § 325 Z.P.O. handelt es sich ebenso wie in den §§ 265—266 Z.P.O. um die Wirkung der Rechtshängigkeit gegenüber Nachfolgern im Rechte; die Art des Erwerbs spielt hier keine Rolle. Aber auch das B.G.B. kennt den weiten Begriff der Rechtsnachfolge, wenn nicht die Art des Erwerbs, sondern die Wirksamkeit von Belastungen gegenüber dem gegenwärtigen Eigentümer in Betracht kommt. Der gutgläubige Erwerber hat nach § 1100 B.G.B. trotz seines originären Erwerbs dem Vorkaufsberechtigten gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Kaufpreises (v. Schwerin, a. a. O. S. 33), und die Hypothek geht nach § 1164 I B.G.B. auch dann auf den persönlichen Schuldner über, wenn der Eigentümer das belastete Grundstück von einem Nichtberechtigten erworben hat.

Für § 445 Z.P.O. kommt dagegen nur der engere Begriff der Rechtsnachfolge in Betracht, da es sich hier um das persönliche Verhältnis zwischen Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger handelt. Doch ist die Zulässigkeit der Eideszuschiebung, wie das Reichsgericht (R.G. 47, 69) mit Recht entschieden hat, nicht davon abhängig, dass der Nachfolger sein Recht materiell derivativ, d. h. durch Ableitung vom Recht eines bisher Berechtigten, erworben

hat; es genügt, dass der Erwerb formell derivativ, d. h. auf Grund einer Verfügung, erfolgt ist. Es steht daher ausser Zweifel, dass dem gutgläubigen Erwerber der Eid über Handlungen und Wahrnehmungen des verfügenden Nichtberechtigten zugeschoben werden kann.

Dass in den Fällen der §§ 861 II, 862 II B.G.B. ein formell derivativer Erwerb zur Begründung der Rechtsnachfolge genügt, ist oben bereits erwähnt worden.

Demnach finden also die Vorschriften, welche das Bestehen einer Rechtsnachfolge voraussetzen, bei der oben vertretenen Annahme eines formell derivativen, jedoch materiell originären Erwerbs ebenso Anwendung, wie wenn man den Erwerb vom Nichtberechtigten als einen materiell derivativen betrachtet. Der Streit über die Natur des Rechtserwerbs hat daher lediglich theoretisches Interesse.

§ 15.

Die Ansprüche des verletzten Berechtigten.

Durch den Rechtserwerb des Gutgläubigen erleidet der bisher Berechtigte den Verlust seines rechtmässig erworbenen Rechts. Das bedeutet für ihn eine grosse Härte, und es ist deshalb ein Gebot der Billigkeit, dass er durch persönliche Ausgleichungsansprüche nach Möglichkeit entschädigt wird. Es kommen in Betracht Ansprüche gegen den verfügenden Nichtberechtigten und Ansprüche gegen den gutgläubigen Erwerber.

Gegen den Nichtberechtigten hat der geschädigte Berechtigte den Anspruch auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten, falls die Verfügung gegen Entgelt

erfolgt ist. (§ 816 I, Satz 1 B.G.B.) Denn der Nichtberechtigte ist auf Kosten des Berechtigten ohne rechtlichen Grund bereichert. (Planck, B.G.B. Bd. II, S. 945.) Hat aber der Verfügende vorsätzlich oder fahrlässig das Recht des Berechtigten verletzt, so haftet er diesem ausserdem aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung nach § 823 B.G.B. (Mot. Bd. III, S. 224.)

Gegen den Erwerber hat der bisher Berechtigte in der Regel keinen Bereicherungsanspruch, weil der Erwerber das Recht zwar auf Kosten des Berechtigten, aber nicht ohne rechtlichen Grund erlangt hat. (Planck, eod.) Aus Gründen der Billigkeit gibt aber das Gesetz dem Berechtigten einen Bereicherungsanspruch gegen den Erwerber für den Fall, dass die Verfügung unentgeltlich erfolgt ist. (§ 816 I, Satz 2 B.G.B.)

Der dieser Vorschrift zugrunde liegende Gedanke „melius est favere repetitioni quam adventicio lucro" (L. 41 D.R.J. 50, 17) verdiente ebensogut Berücksichtigung, wenn der Erwerber das Recht zwar entgeltlich, aber unter dem Werte erworben hat. Für diesen Fall hat aber das Gesetz dem Verletzten keinen Kondiktionsanspruch gegen den Erwerber zugebilligt. Bei einer besonders grossen Differenz zwischen Wert und Preis wird zwar das Gericht vielfach den guten Glauben des Erwerbers verneinen dürfen, so z. B. wenn ein Verkauf zu Schleuderpreisen vorliegt (vgl. O.L.G. 10, 137). Ist die Differenz aber geringer, so kann dem Geschädigten auf diese Weise nicht geholfen werden. Es empfiehlt sich deshalb de lege ferenda, einen von Binding (a. a. O. S. 51) vorgeschlagenen neuen Bereicherungsanspruch zu schaffen, der auf die Differenz zwischen Preis und Wert gerichtet ist. „Die Differenz zwischen Kaufpreis und Wert ist ungerechtfertigte Bereicherung und gebührt dem Eigentümer." (Binding.) Denn um diese Differenz wird der Berechtigte unter allen Um-

ständen geschädigt, falls dem Verfügenden ein Verschulden, das einen Schadenersatzanspruch begründet, nicht zur Last fällt; und auch der Anspruch aus § 823 B.G.B. nützt dem Geschädigten nichts, wenn der Verfügende nicht erreichbar oder zahlungsunfähig ist. Die Differenz zwischen Preis und Wert fällt dem Erwerber als reiner Gewinn in den Schoss; er erlangt sie auf Kosten des Berechtigten, aber freilich nicht ohne rechtlichen Grund. Deshalb bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, welche diese unbillige Konsequenz des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten beseitigt und dem Verletzten einen Anspruch auf die Differenz gewährt.

Ebensowenig wie der Anspruch auf die Differenz besteht nach geltendem Recht ein von Romeick (a. a. O. S. 40 ff.) vertretener Kondiktionsanspruch. Nach Romeick hat der nichtberechtigte Verkäufer dem gutgläubigen Käufer das Eigentum nicht verschafft (§ 433 I B.G.B.), der Käufer vielmehr das Eigentum anderweitig — kraft seines guten Glaubens — erlangt. Da die geschuldete Leistung somit unmöglich geworden ist, braucht der Käufer den gestundeten Kaufpreis nicht zu entrichten und kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 325 B.G.B. verlangen. Den einbehaltenen oder zurückgeforderten Kaufpreis hat er dem bisherigen Eigentümer herauszugeben, da er auf dessen Kosten ungerechtfertigt bereichert ist. Diese Deduktion beruht auf einer unzutreffenden Voraussetzung. Der Veräusserer hat dem Erwerber „zwar nicht aus eigener Kraft, aber mit des Gesetzes ihm gnädiger Beihilfe" das Eigentum verschafft (Binding, a. a. O. S. 34), er kann daher als Gegenleistung den Kaufpreis verlangen (ebenso Hellwig, Rechtskraft S. 102). Will der Käufer, um sich nicht einer eventuellen Anklage wegen Begünstigung (§ 257 St.G.B.) auszusetzen, dem treulosen Veräusserer die Gegenleistung verweigern, so bietet sich ihm die Möglichkeit,

den Kaufvertrag wegen Irrtums (§ 119 B.G.B.) oder wegen arglistiger Täuschung (§ 123 B.G.B.) anzufechten.

Der von Romeick verteidigte Kondiktionsanspruch besteht also nach B.G.B. nicht. Wegen des Kaufpreises kann sich der Geschädigte nicht an den Käufer, sondern immer nur an den nichtberechtigten Verkäufer halten.

Druck von J. S. PREUSS, Kgl. Hofbuchdr., Dresdener Str. 43